

Sentencia C-1262/05

Referencia: expediente No. D-5751

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 21 (parcial), 26 (parcial), 27 (parcial) y 36 (parcial) del Decreto 765 de 2005 *“Por el cual se modifica el sistema específico de carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Impuestos.”*

Actora: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA
PORTO

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango solicita a esta Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 21 (parcial), 26 (parcial), 27 (parcial) y 36 (parcial) del Decreto 765 de 2005 *“Por el cual se modifica el sistema específico de carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Impuestos.”*

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada y se subrayan los apartes demandados.

DECRETO NUMERO 765 DE 2005
(marzo 17)

DIARIO OFICIAL. AÑO CXL. N. 45855. 19,
MARZO, 2005. PAG. 14.

por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de
la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas
Nacionales, DIAN.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades
extraordinarias que le confiere el numeral 5 del artículo 53 de la Ley 909 de
2004,

DECRETA:

CAPITULO I

(...)

Artículo 21. *Efectos del sistema de acreditación.* El sistema de acreditación permitirá verificar las capacidades de los empleados públicos del Sistema Específico de Carrera, como condición necesaria para participar en las siguientes situaciones:

21.1 Para la movilidad en el Sistema Específico de Carrera mediante concurso de ascenso.

21.2 Para otorgar comisiones que permitan desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período.

21.3 Para ejercer cargos del mismo nivel jerárquico en otras áreas funcionales y procesos distintos a la que pertenece, y para que proceda de esta forma el traslado o reubicación.

21.4 Para ser encargado dentro de la Entidad.

Parágrafo transitorio. Los efectos de la acreditación previstos en el presente artículo regirán, una vez se haya establecido la normalización de las competencias laborales y se hayan dispuesto los arreglos institucionales conducentes a la acreditación y certificación correspondientes, en los términos en que lo disponga el Gobierno Nacional.

(...)

Artículo 26. *Clases de nombramiento.* La provisión de los empleos se sujetará a las siguientes clases de nombramiento:

26.1 Nombramiento ordinario: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos que, de conformidad con el presente Decreto, tienen el carácter de empleos de libre nombramiento y remoción.

26.2 Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos del Sistema Específico de Carrera con una persona seleccionada por concurso abierto que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y por un término de seis (6) meses a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo, la cual tendrá la duración que en cada caso establezcan los términos de la convocatoria.

26.3 Nombramiento provisional: Es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, previa convocatoria a concurso y siempre que no hubiese sido posible el encargo. Su duración no podrá exceder de seis (6) meses y no habrá lugar a prórroga.

26.4 Nombramiento en período de prueba de ascenso: Es aquel que se efectúa, previa realización de concurso de ascenso, cuando recae en una persona que al momento del nombramiento se encuentra inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel, en los términos previstos en el presente decreto y sus reglamentos. Su duración no podrá exceder de seis (6) meses.

Artículo 27. Prioridad en la provisión de los empleos. La provisión de los empleos vacantes en forma definitiva que se encuentren comprendidos en el Sistema Específico de Carrera, se hará teniendo en cuenta el siguiente orden:

27.1 Con la persona que al momento de su retiro acreditaba derechos del Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y cuyo reintegro haya sido ordenado por decisión judicial.

27.2 Con el personal del Sistema Específico de Carrera en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, al cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser incorporado a empleos equivalentes, teniendo en cuenta la sujeción de los empleos a las áreas funcionales y procesos del Sistema Específico, conforme lo determine el reglamento del Gobierno Nacional.

27.3 Con la persona que haya renunciado con posibilidad de reingreso.

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

27.5 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente de concurso abierto de la respectiva área funcional y proceso.

Parágrafo. Lo contemplado en los numerales 27.2 y 27.3 se aplica a los empleos del área funcional y proceso, en que se encontraba el funcionario.
(...)

Artículo 36. *Concursos*. Para la provisión definitiva de los cargos del Sistema Específico de Carrera será obligatorio adelantar, según el caso, alguna de las siguientes clases de concursos de méritos:

36.1 **Concurso abierto**. Es aquel en el cual pueden participar todas las personas que cumplan los requisitos del empleo y posean el perfil del rol exigido para el desempeño de este. Dicho concurso constituye el mecanismo de ingreso de nuevos empleados públicos a la carrera específica de la Entidad.

Esta clase de concurso, únicamente se podrá convocar cuando no proceda el concurso de ascenso, o cuando procediendo, el número de aspirantes dentro de la entidad resulte insuficiente para garantizar una adecuada competición para la selección de los candidatos.

De presentarse empate en cualquier puesto de la lista de elegibles se preferirá para efectos de la provisión del empleo a quien preste o haya prestado, satisfactoriamente, sus servicios a la entidad, mediante nombramiento provisional, o en su defecto, en calidad de supernumerario.

36.2 *Concurso de ascenso*. En el cual podrán participar todos los aspirantes de fuera o dentro de la Entidad, que reúnan los requisitos y el perfil del rol para el empleo.

En esta clase de concurso, a los participantes que estén inscritos en el Sistema Específico de Carrera de la DIAN se les reconocerá su experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales, sin excluir del concurso a personas no inscritas en dicho Sistema.

En todo caso, los criterios de selección observarán en forma estricta el sistema de mérito y la consiguiente igualdad de oportunidades entre todos los aspirantes.

Por regla general, todos los cargos de carrera de la planta de personal de la entidad serán provistos obligatoriamente, en primera instancia, a través de esta modalidad, cuando el número de aspirantes resulte suficiente.

Cuando como resultado del concurso de ascenso, sea favorecido un empleado inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, el nombramiento se hará en período de prueba de ascenso; en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso, y conservará su inscripción en el Sistema Específico de Carrera. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Los concursos de ascenso deberán realizarse con sujeción a la reglamentación del Gobierno Nacional que se expida para tal efecto, dentro de la cual se incluirán los criterios para definir el número de aspirantes mínimo requerido para la procedencia del concurso de ascenso.

III. LA DEMANDA

La demandante propone a la Corte dos cargos de inconstitucionalidad. En primer lugar considera que el Decreto 765 de 2005, regula la carrera de ascenso en la DIAN de tal manera que ésta se convierte en un “concurso cerrado” y en esa medida, se vulnera el principio de igualdad (art 13 C.N), los principios constitucionales tanto de acceso al desempeño de funciones públicas (art. 40. 7 C.N), como regulación de los empleos de carrera (art. 125 C.N). La anterior vulneración se presenta en los siguientes contenidos normativos del decreto en comento:

- El contenido normativo del numeral 21.1 del artículo 21 del Decreto 765 de 2005 (artículo 21.1 D.765/05), establece la posibilidad de movilidad dentro de los empleos del Sistema Específico de Carrera mediante concurso de ascenso, estableciendo para ello como condición necesaria, la verificación de las capacidades de los empleados en el Sistema de Acreditación, el cual a su vez está conformado únicamente por empleados de la DIAN.
- El contenido normativo del artículo 26.4 D.765/05, establece dentro de las clases de nombramiento para la provisión de cargos en la DIAN, el llamado “*nombramiento en periodo de prueba de ascenso*”, que es aquel que se realiza antes del concurso de ascenso, a personas inscritas en el Sistema de Carrera de la DIAN para proveer cargos de mayor jerarquía en la misma entidad.
- El contenido normativo del artículo 27.4 D.765/05, establece que en el orden de prioridad en la provisión de empleos en la DIAN, está primero, la persona que ocupe el primer puesto en la lista de elegibles del concurso de

ascenso que la persona que ocupe el primer puesto en la lista de elegibles del concurso abierto.

- Los contenidos normativos de los incisos segundo y tercero del artículo 36.1 D.765/05, establecen que el concurso abierto sólo se podrá realizar cuándo no proceda el concurso de ascenso o cuando los concursantes para este último no resulten suficientes. Además se dispone que en caso de empate en cualquier puesto de la lista se preferirá para la provisión de los empleos, a quien preste o haya prestado sus servicios a la DIAN.
- El contenido normativo de los incisos segundo y cuarto del artículo 36.2 D.765/05, establecen que en los concursos de ascenso - en los cuales podrán participar personas de fuera o dentro de la entidad - se les reconocerá a quienes hayan desempeñado cargos de carrera en la DIAN, la experiencia específica, la eficiencia el mérito y otros factores subjetivos de dicho desempeño. Además se determina que los cargos de la DIAN se proveerán obligatoriamente en primera instancia, mediante concursos de ascenso.

Según la actora, como quiera que los anteriores contenidos normativos establecen “...una subsidiariedad del concurso público abierto y un privilegio a favor del concurso de ascenso...” se vulneran los principios constitucionales señalados. En su opinión, la inconstitucionalidad de las disposiciones señaladas se fundamenta en que se configura un privilegio injustificado a favor de quienes están inscritos en el sistema específico de carrera de la DIAN en detrimento de aspirantes que no estén inscritos en dicho sistema, al momento de proveer los cargos en la mencionada entidad. Lo anterior se deriva de las siguientes situaciones reguladas en el Decreto en comento: (i) el mandato consistente en que primero se realice concurso de ascenso y a su vez que en esta modalidad se tomen en cuenta criterios subjetivos (evaluación del desempeño en los cargos de la DIAN) que sólo pueden ser evaluados a unos concursantes (los inscritos en carrera de la DIAN) y a otros no. (ii) Que existan dos listas de elegibles, una como resultado del concurso de ascenso y otra como resultado del concurso abierto, y que para proveer cargos definitivamente se tenga en cuenta primero la de ascenso y en subsidio la del concurso abierto.

Adicionalmente, agrega que a la luz de los artículos 13 y 125 de la Carta, no se pueden realizar concursos para proveer cargos de carrera, en los cuales a algunos aspirantes se les evalúe bajo unos criterios y a otros bajo criterios diferentes. De igual manera, dice que la eficiencia, el cumplimiento, el mérito, la acreditación de competencias laborales y demás factores subjetivos que el inciso segundo del artículo 36.2 del Decreto 765 de 2005 obliga a considerar en los concursos de ascenso respecto de los aspirantes inscritos en el Sistema Específico de Carrera de la DIAN, son aspectos que se deben tener en cuenta “...para efectos de la estabilidad laboral, pero no puede ser valorado nuevamente en un concurso público abierto, de méritos.”

De otro lado, se esgrime otro cargo respecto del párrafo transitorio del artículo 21 y del último inciso del artículo 36.2 del Decreto en mención. El primer enunciado normativo (par. trans. art. 21 D.765/05) dispone que los efectos de la acreditación que identifica, habilita y certifica las competencias laborales de los empleados de carrera de la DIAN, regirán una vez el Gobierno Nacional haya dispuesto los arreglos institucionales pertinentes. El segundo (último inc. art. 36.2 D.765/05) establece que los concursos de ascenso deberán realizarse con sujeción a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para la actora, la remisión de cuestiones reguladas en el decreto, como son los concursos de ascenso, a posteriores regulaciones del Ejecutivo, vulnera la competencia otorgada al mismo en virtud de las facultades extraordinarias derivadas de la Ley 909 de 2004. Esto en la medida en que la facultad del Gobierno para regular el asunto es sólo de seis meses y la expedición de la reglamentación que disponen los artículos referenciados se daría por fuera de este lapso de tiempo. De ahí que concluya que se vulnera el artículo 150.10 de la Constitución, que es el que regula la facultad del Ejecutivo para expedir decretos con fuerza de ley, cuando el Congreso lo ha autorizado para ello.

Por lo anterior se solicita a la Corte Constitucional en el escrito de la demanda que se declaren inexecutable los enunciados normativos de la referencia.

IV. INTERVENCIONES

1.- Intervención de Departamento Administrativo de la Función Pública

Mediante escrito allegado a esta Corporación, el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), atendió a la solicitud del Magistrado Sustanciador en el sentido de presentar concepto sobre la constitucionalidad de las norma demandadas en el presente proceso. El Interviniente solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas. Fundamenta su solicitud en que la Ley 909 de 2004 mediante la que se expiden normas que regulan la carrera administrativa – y mediante la que se otorgan las facultades extraordinarias al Ejecutivo para decretar las normas demandadas -, establece en su artículo 4º la posibilidad de los llamados Sistemas Específicos de Carrera. La idea de éstos – explica el Director del DAFP – es dar cuenta de “...*la existencia de entidades que por su naturaleza y significación deben cumplir con el ejercicio de funciones y labores que tienen una connotada especialización. Lo anterior requiere de un tratamiento <específico> en una carrera administrativa de creación legal, que coadyuve con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado*”. En este orden de ideas, en su parecer, para que los Sistemas Específicos de Carrera atiendan a lo anterior, deben flexibilizar la regla general de concursos abiertos para acceder a los cargos de carrera para la “...*optimización del servicio público que se le ha encomendado.*”

Continúa diciendo que el Decreto demandado no vulnera la regla general del concurso abierto, pues establece un tipo de concurso mixto en el que se reconocen factores subjetivos de los aspirantes a cargos inscritos en carrera, pero permiten la participación de cualquier persona que tenga los requisitos, y además el criterio de selección es el “sistema de méritos”. Al respecto cita las sentencias C-563 de 2000, C-1079 de 2002 y C-266 de 2002 principalmente, para llegar a la conclusión que el legislador tienen amplia configuración en el diseño de los concursos para la provisión de cargos de carrera en los sistemas específicos. Y además, que el reconocimiento de factores subjetivos de los participantes inscritos en la misma, en concursos de ascenso, no vulnera la Constitución en la medida en que el mismo decreto establece que de dicho concurso se prohíbe excluir a las personas no inscritas y se obliga a utilizar como criterio de selección el sistema de mérito y la igualdad de oportunidades entre todos los aspirantes. Por ello, como se dijo, solicita la exequibilidad de las normas acusadas.

2.- Intervención de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario, en virtud de la invitación que le hiciera el Magistrado Sustanciador mediante el auto admisorio, allegó escrito a esta Corporación en el que solicita que se declare la inexecutable de las disposiciones acusadas. Explica el Decano que el contenido del artículo 125 de la Constitución, se había venido interpretando por parte de la Corte Constitucional, de tal manera que se consideraban ajustados a la Carta los concursos cerrados para proveer cargos de carrera en la administración pública. Pero, a partir de la sentencia C-266 de 2002 esta Corte cambió su jurisprudencia declarando que esta modalidad de concursos es discriminatoria y por tanto contraria a la Constitución. Por ello, comparte la apreciación de la demandante, para que en el presente estudio de constitucionalidad se aplique lo dicho por la Corte en la referenciada C-266/02 y se declaren inexecutable las disposiciones acusadas. Manifiesta el interviniente que el texto de las normas acusadas “...*corresponde a una hipótesis igual a la estudiada por la Corte en el caso citado [C-266/05] por lo que debe considerarse la inexecutable...*” solicitada en la demanda.

3.- Intervención de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

El Director General de la DIAN, envía escrito mediante apoderado, en respuesta a la comunicación que le hiciera el Magistrado Sustanciador en el auto admisorio de la demanda, para intervenir en el presente proceso. En el mencionado escrito, la DIAN solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad de los apartes demandados del Decreto 765 de 2005. Lo anterior, sustentado en que la Ley 909 de 2004 como desarrollo del artículo 125 Superior, ha establecido la posibilidad de crear Sistemas Específicos de Carrera, en los que se privilegie el acceso de funcionarios idóneos que

desarrollen adecuadamente las funciones particularmente técnicas o especializadas de entidades como la DIAN. En este contexto, cita *in extenso* la sentencia C-1079 de 2002, en la que la Corte Constitucional declaró exequible el ascenso mediante concurso de méritos, como modalidad de provisión definitiva de cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación.¹

Concluye que en dicho pronunciamiento, la Corte dejó claro que, “...*como quiera que la movilidad - concurso de ascenso – es inherente al derecho fundamental del trabajo en condiciones dignas y justas contemplado en el artículo 25 superior, a la cual pueden acceder no solamente aquellos funcionarios de carrera, sino también todas las personas que deseen someterse al concurso*”, y en dicho sentido no se vulnera el principio de igualdad. Además, agrega que “...*por el hecho de que la ley en reconocimiento al esfuerzo, cumplimiento, idoneidad, capacidad, experiencia específica y demás méritos personales del funcionario escalafonado, lo incentive diciendo que en caso de empate en lista de elegibles, sea preferido, no está tomando medidas restrictivas sino preventivas, es decir nos está diciendo cómo dilucidar el empate...*”, de lo que deriva también, que no existe un trato discriminatorio. Por lo que no resulta correcto afirmar, como lo hace la demandante, que la reglamentación del acceso a los cargos de carrera de la DIAN sea un “*un velado y casi imperceptible concurso cerrado*”.

De otro lado, en su parecer, no es pertinente el cargo según el cual el Gobierno se excedió de las facultades otorgadas por el legislador, al someter el desarrollo de algunas normas a los reglamentos que él con posterioridad dicte, pues la potestad reglamentaria del Ejecutivo consiste precisamente en que “...*cuando el caso lo amerite...*” se deberán expedir los reglamentos que conlleven a la debida ejecución de la leyes; que es justamente, lo que buscan las normas sometidas a dicho cargo.

4.- Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó a esta Corporación intervención escrita mediante apoderado, de conformidad con la comunicación que en este sentido ordenara el Magistrado Sustanciador en el auto admisorio de la demanda, en la que solicita a esta Corte que se declaren exequibles las disposiciones demandadas. En opinión del Ministerio en comento, está expresamente autorizado por la Ley 909 de 2004 – al estipular los regímenes específicos de carrera - el carácter que el decreto demandado le otorga a la provisión de cargos de carrera en la DIAN, en el sentido de regular el acceso a los mismos mediante concursos de ascenso que privilegien la experiencia específica de quienes la han adquirido dentro de los mismos cargos o dentro de la misma entidad.

El interviniente considera que las condiciones de la movilidad laboral al interior de la DIAN, de conformidad con el mencionado decreto, atienden al

¹ Artículo 115 del Decreto 261 de 2000

desarrollo del derecho fundamental al trabajo (art 25 C.N). Así, *“...el hecho que la ley reconozca el esfuerzo, cumplimiento idoneidad, capacidad, experiencia específica y demás méritos personales del funcionario escalafonado, establezca su escogencia en caso de empate en la lista de elegibles, no significa desde ningún punto de vista la utilización de medidas restrictivas, sino mas bien un mecanismo perfectamente adecuado que incentive al funcionario.”* Concluye por ello, que no se configura una modalidad de concurso cerrado. Dice además, citando la sentencia C-266 de 2002, que – en su parecer - la Corte ha establecido que nada impide que el diseño de los concursos para proveer cargos de carrera se disponga el otorgamiento de puntos a los inscritos en carrera, a partir de criterios para los que los aspirantes externos no aplicarían. Esto, con el fin estimular a quienes están en la carrera, siempre que con ello no se establezcan ventajas que en la práctica signifiquen límites para el acceso de quienes no están inscritos en dicha carrera. También, cita el Ministerio los argumentos que sustentan el principio de estabilidad laboral de los cargos públicos, cuales son la certidumbre del funcionario de permanencia en el cargo, surgida la observancia de las condiciones de desempeño de su labor, y la regulación preestablecida según la cual sólo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas derivadas de la correspondiente evaluación de desempeño. Lo que le permite concluir que las normas demandadas están conformes a lo anterior, luego *“...no existe violación alguna al principio de igualdad, que el trato es diferenciado, más no discriminatorio, al existir condiciones que así lo ameriten y lo que se pretende, entre otras cosas, es darle estabilidad a los trabajadores que desempeñen labores en cargos públicos siempre y cuando sean idóneos para esos cargos y por el mecanismo del desempate.”*

Respecto del cargo consistente en que la remisión del desarrollo de algunas situaciones contempladas en el decreto demandado a decretos reglamentarios posteriores, configura una extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias otorgadas para que el Ejecutivo dictara el mencionado decreto 765 de 2005, opina el Ministerio que la remisión recae directamente sobre la potestad reglamentaria del Gobierno, constitucionalmente establecida. Por esto desestima el cargo.

5.- Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal, atendió a la invitación que mediante el auto admisorio de la demanda hiciera el Magistrado Sustanciador, y allegó escrito de intervención mediante apoderado. En éste solicita que se declaren exequibles los apartes normativos demandados, excepto el inciso tercero del numeral 1º del artículo 36, el cual determina que en caso de empate en la lista de elegibles para la provisión de los cargos de carrera en la DIAN, se preferirá al funcionario que haya prestado sus servicios a la entidad.

Sobre las normas que considera ajustadas a la Constitución, dice que la forma adoptada por el decreto demandado para proveer cargos en la DIAN, es la de concurso “mixto”. Este tipo de concursos consiste en la posibilidad que para el acceso a cargos de superior jerarquía concursen tanto funcionarios de la entidad, como terceros que no estén vinculados a la misma. Explica el interviniente que la Corte Constitucional ha avalado la constitucionalidad de esta modalidad de concursos, por lo que las normas que disponen dicha regulación en la DIAN resultan constitucionales. Por demás, el legislador goza de amplia libertad de configuración en el ejercicio de regular la forma de acceder a los cargos de carrera, y en los términos de la C-266 de 2002 – en su opinión - la Corte ha puesto como única limitación a ello, que en desarrollo de los concursos mixtos no se impida la entrada de personal externo a la entidad, ni se quebrante la igualdad de oportunidades de los aspirantes.

Con base en lo anterior, en el caso específico del inciso segundo del numeral 2° del artículo 36 demandado, que establece que en los concursos de ascenso se reconocerán la experiencia específica y el desempeño particular del aspirante inscrito en la carrera de la DIAN, encuentra el interviniente que la Corte debería declararlo exequible bajo el entendido que *dicho reconocimiento no se constituya en un privilegio para quienes hacen parte del sistema de carrera administrativa.*

Respecto de la formula de desempate que privilegia al funcionario que esté o haya estado vinculado a la DIAN, se considera en el escrito del Instituto que vulnera la prohibición que justamente en estos casos ha pretendido instaurar la Corte, en el sentido de no privilegiar injustificadamente a unos aspirantes en detrimento de otros. En su parecer dicha formula debe ser declarada inexecutable “...en cuanto establece un beneficio a favor de quienes ocupan cargos en la DIAN que no son de carrera administrativa, sin que exista ninguna justificación para ello.”

Por último, en lo que hace relación a la supuesta extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias en la que incurrió el Ejecutivo, comenta el interviniente que esta situación no se desprende de los enunciados normativos demandados. Por el contrario estos hacen referencia a situaciones en las el Gobierno puede hacer uso legítimo de facultad constitucional reglamentaria, por lo que dichos cargos deben ser desestimados.

6.- Intervención de la Academia colombiana de Jurisprudencia

La Academia colombiana de Jurisprudencia hizo llegar a esta Corporación, de manera extemporánea, escrito en el que explica que son contrarias a la Constitución las normas impugnadas por extralimitación del Ejecutivo en el uso de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso. Mientras que las normas que regulan el ingreso y ascenso en la carrera de la entidad, las encuentra ajustadas al orden constitucional. Sobre lo primero dice que en efecto, tal como lo plantea la demandante, mediante la remisión que en el

decreto se hacen a los reglamentos, el Presidente se está concediendo a sí mismo la facultad de regular la carrera de la DIAN, por fuera de las facultades que el legislador le otorgó. De ahí que se vulnere el artículo 150.10 Superior. Respecto del cargo por vulneración del principio de igualdad y las disposiciones constitucionales sobre la carrera administrativa, dice en el escrito de intervención, que éstas atienden a la diversidad de concursos que se han establecido a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, la modalidad de concurso mixto – que es la que a su juicio se configura en el decreto demandado -, permite que el ascenso y el ingreso se regulen de manera distinta. Y, en tanto no se impida la participación de toda persona que cumpla con los requisitos, en los concursos de ascenso, éstos están acordes con la Constitución. Por ello concluye que con el sistema de concursos adoptado en la DIAN, no se vulnera ni el principio de igualdad, ni las normas de acceso a la función pública, ni los principios de la carrera administrativa.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en los artículos 242.2 y 278 de la Constitución, hace llegar a la Corte el concepto N° 3901, en el que solicita que las normas demandadas sean declaradas inexequibles, salvo el artículo 27.4 frente al cual solicita que se declare exequible de manera condicionada. De este modo, respecto del cargo consistente en que el diseño del concurso de ascenso en la DIAN vulnera la prohibición de concursos cerrados, la Vista Fiscal realiza el siguiente análisis:

- El 21.1 del artículo 21 del Decreto 765 de 2005, establece que para la movilidad en los cargos de carrera en la DIAN mediante concurso de ascenso, es condición necesaria acreditar las capacidades laborales por medio del sistema de acreditación del sistema específico de carrera de la misma DIAN. Para la Vista Fiscal esta condición hace que el concurso de ascenso sea cerrado, pues sólo podrá ser satisfecha por quien pertenezcan a la carrera de la DIAN, y no por los demás ciudadanos. De ahí que vulnere el principio de igualdad y los precedentes establecidos por la Corte Constitucional, al tenor de los cuales los concursos cerrados para acceder a los cargos de carrera están proscritos en nuestro orden constitucional. Por lo anterior solicita que se declare inconstitucional el numeral referido.
- Sobre el inciso segundo del 36.1 del artículo 36 del D.765/05, que establece la procedencia de los concursos abiertos solamente cuando no sea posible el concurso de ascenso, plantea el Procurador, que se integre unidad normativa con el inciso primero del mismo numeral, el cual establece que los concursos abiertos configuran el mecanismo de ingreso de nuevos empleados a la carrera de la DIAN. En su parecer la redacción en el inciso primero, según la cual el concurso abierto es “el” mecanismo de ingreso de nuevos empleados, sugiere que éste es el único modo de ingreso

a aspirantes que no están en la carrera de la DIAN. Lo anterior, junto con el inciso demandado que hace del concurso abierto uno subsidiario, vulnera *“...la igualdad para el acceso a cargos públicos mediante el mérito, como procedimiento imparcial de las entidades administrativas, y por extralimitación en el empleo de las facultades extraordinarias concedidas al respecto en contra de los preceptos superiores de la carrera administrativa, porque el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 establece que los concursos de ingreso y ascenso en los empleos de carrera son abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.”* Por lo anterior, solicita que se declare la inexecutable de algunas expresiones de los incisos mencionados del numeral 1° del artículo 36 acusado, que en su opinión repararían la inconstitucionalidad referida.

- Respecto del numeral 4° del artículo 26 demandado, propone la integración de unidad normativa con el inciso quinto del numeral 2° del artículo 36 y con el inciso segundo del numeral 7° del artículo 34. El artículo 26.4 dispone la modalidad de nombramiento en periodo de prueba de ascenso que se realiza a una persona inscrita en carrera de la DIAN y previo al concurso de ascenso. Para el Procurador esto significa que *“...sólo procede el nombramiento en periodo de prueba de ascenso como consecuencia de la realización de concursos de ascenso, que son cerrados, y por ende únicamente recae sobre la persona que al momento del nombramiento se encuentra inscrito en el sistema de carrera.”* En dicho sentido resulta inconstitucional, pues es un nombramiento basado en una modalidad de concurso contraria a la Constitución que favorece injustificadamente a los inscritos en carrera de la DIAN. En este orden, resulta inconstitucional que dicho nombramiento recaiga solamente sobre las personas inscritas en la carrera de la DIAN. De ahí que las disposiciones arriba mencionadas, frente a las que solicita la integración de la unidad normativa, deban igualmente ser declaradas inexecutable en los apartes en que hacen referencia a que el nombramiento en periodo de prueba de ascenso, recaerá únicamente sobre las personas inscritas en la carrera de DIAN.
- En relación con el inciso segundo del numeral 2° del artículo 36 del D.765/05, que establece que en los concursos de ascenso se le reconocerán a los participantes que estén inscritos en la carrera de la DIAN su experiencia específica y otros factores subjetivos de su desempeño al interior de la misma entidad, considera el Ministerio Público que se constituye en un *“...privilegio excluyente e irrazonable en relación con los demás participantes en cuanto que éstos no pueden acreditar dichos parámetros de evaluación y, por tanto, no podrían ser evaluados en igualdad de condiciones. El criterio del estímulo laboral para los funcionarios de carrera de la DIAN no resulta suficiente para vulnerar los principios de la función pública en cuanto a la vinculación del personal más idóneo y capacitado en el país, y el derecho a la igualdad para acceder a cargos públicos según sus méritos y capacidades.”* Por lo que

deben ser declarados inexecutable los apartes de la disposición en comentario, que otorgan esta prerrogativa.

- Respecto del inciso tercero del numeral 1° del artículo 36, que determina que en caso de presentarse empate en cualquier puesto de la lista de elegibles, el empleo se proveerá con quien preste o haya prestado sus servicios a la DIAN, considera el Ministerio Público, que “[n]o resulta aceptable el mecanismo de desempate para la provisión de empleos de carrera en la DIAN mediante concursos abiertos para ingreso, ya que tan capaces pueden resultar quienes han prestado satisfactoriamente sus servicios a la DIAN como provisionales o supernumerarios, como los demás participantes...”. Dice el Procurador que dicha “formula de desempate” resultaría un reconocimiento o estímulo laboral para los servidores de carrera si el caso fuera de concursos de ascenso, pero tratándose de un concurso abierto dicho criterio se convierte en un privilegio injustificado. Por lo anterior solicita que se declare inexecutable el aparte normativo que contiene la “formula de desempate” en mención.
- El numeral 4° del artículo 27, regula el orden de prioridad para la provisión de los empleos vacantes en forma definitiva en la DIAN, colocando en cuarto lugar el criterio según el cual el cargo se deberá proveer con la persona que al momento del nombramiento ocupe el primer puesto en la lista de elegibles del concurso de ascenso y en quinto lugar el criterio que obliga a proveer el cargo con quien ocupe el primer puesto en la lista de elegibles del concurso abierto. Sobre este orden de prioridad considera la Vista Fiscal que ante la solicitud de inexecutable de las disposiciones que hacen que el concurso de ascenso sea cerrado, se debe igualmente solicitar la exclusión del carácter subsidiario para acudir a la lista de elegibles del concurso abierto, cuando se va a proveer un cargo. El Procurador encuentra que el numeral en comentario se debería declarar executable bajo el entendido que los cargos se proveerán con el primero de la lista de elegibles del concurso de ascenso o ingreso, y con ello se excluiría la inexecutable descrita.

Concluye el Ministerio Público, que en efecto se vulneran las disposiciones constitucionales invocadas por la demandante y en su criterio las solicitudes anteriores reparan las mencionadas vulneraciones.

De otro lado, el otro cargo consistente en la presunta extralimitación por parte del Ejecutivo en el uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el legislador para establecer la regulación de la carrera administrativa en la DIAN, es estudiado por el Procurador como sigue:

- El párrafo transitorio del artículo 21 y el inciso final del numeral 2° del artículo 36, remiten a que situaciones relativas a los concursos de ascenso sean reguladas por reglamentaciones posteriores expedidas por el Ejecutivo. El cargo general contra las anteriores disposiciones lo explica la

actora como una extralimitación del Ejecutivo, en el uso de las facultades extraordinarias, consistente en que se otorga así mismo facultades para reglamentar cuestiones que desbordan el término de seis (6) meses que el legislador le otorgó. El Ministerio Público considera que en virtud del principio *pro actione* el cargo esgrimido por la demandante contra las mencionados enunciados normativos, debe ser interpretado en términos de “...los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes para el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos los fija la ley y no el reglamento (...)”. Así entendido el cargo, el punto de partida del análisis es que “...los asuntos **sustanciales** propios de los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes para el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso los estable[ce] el legislador.”

- En este orden, el párrafo transitorio del artículo 21, determina que es el Ejecutivo mediante reglamentos, el que regulará lo relativo a las competencias laborales y a los arreglos institucionales, para que el sistema de acreditación – que es condición necesaria para participar en el concurso de ascenso – surta los efectos que se le asignan en el D.765/05. Para la Vista Fiscal, esta situación es un aspecto sustancial de los concursos de ascenso, precisamente porque dichos efectos representan una condición necesaria de la participación en el concurso de ascenso, y por ello no puede ser regulada por el Ejecutivo sino por el legislador. Debido a esto, solicita a la Corte que si el numeral 1º del artículo 21, también demandado, no es declarado inexecutable, se excluya del ordenamiento la remisión que el mencionado párrafo hace a la posterior reglamentación del Gobierno. De otro modo, no estando vigente, por la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de esta Corporación, la norma que establece como condición necesaria el registro del sistema de acreditación para participar en los concursos de ascenso (art 21.1 D.765/05), el párrafo no tendría reparo alguno de constitucionalidad.
- Por otro lado, el último inciso del numeral 2º del artículo 36, remite a que mediante reglamentación posterior dictada por el Ejecutivo se ajuste la realización de los concursos de ascenso. En igual sentido que el anterior argumento, el Ministerio Público considera que dicha remisión sugiere que el Gobierno regule por medio de reglamentos aspectos sustanciales de la realización de los concursos, tales como “...incluir los criterios para definir el número de aspirantes mínimo requerido para la procedencia de estos concursos; el reconocimiento a sus servidores de la experiencia específica (...), la acreditación de sus competencias laborales (...)”. Lo que vulnera el ordenamiento constitucional, en razón a que los aspectos sustanciales en comento deben ser regulados por el legislador, por lo que solicita que se declare inexecutable el inciso referenciado.

En los anteriores términos analiza el Procurador General de la Nación la demanda objeto de la presente sentencia.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numerales 4 y 5 de la Carta.

Problemas jurídicos planteados a la Corte Constitucional.

2.- La demandante plantea a la Corte dos cargos en contra de los enunciados normativos atacados del Decreto 765 de 2005. Según el escrito de la demanda, (i) el concurso de ascenso para proveer cargos de carrera en la DIAN, a partir de la regulación del decreto en mención es en la práctica un concurso cerrado, por lo que se vulnera la cláusula de igualdad, el acceso a la función pública y los principios que guían la regulación de los empleos de carrera (arts. 13, 40.7 y 125 C.N); y (ii) las remisiones a reglamentos posteriores emitidos por el Gobierno Nacional, con el fin de implementar los efectos del sistema de acreditación de capacidades laborales y la realización de los concursos de ascenso, constituyen una extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias que autorizaron al Ejecutivo a emitir el decreto demandado (art. 150.10 C.N).

Por razones metodológicas, se planteará y se desarrollará el primer problema jurídico, y sólo luego de ello de planteará y resolverá el segundo problema jurídico.

Primer cargo y primer problema jurídico

3.- La actora fundamenta el primer cargo en que: **a)** la movilidad dentro de los cargos de carrera de la DIAN está condicionada a la verificación de las capacidades laborales de los empleados, en un Sistema de Acreditación del cual forman parte sólo quienes están inscritos en carrera en la DIAN (art. 21.1 D.765/05), luego se vulnera el acceso de personal externo a la mencionada entidad; **b)** para la provisión de cargos de carrera en la DIAN, sólo el personal de esta entidad que aspire a un cargo de mayor jerarquía podrá ser objeto de “nombramiento en periodo de prueba de ascenso” (art. 26.4 D.765/05), lo que vulnera el derecho a la igualdad como quiera que los cargos de cualquier nivel deben poder ser ocupados tanto por personal interno como externo de la DIAN; **c)** el orden de prioridad para la provisión de cargos de carrera en la DIAN (art. 27.4 D.765/05) y la “fórmula de desempate” para dicha provisión de cargos (inc. tercero art. 36.1 D.765/05) consiste en que, dado cualquiera de los dos casos, se deberá escoger al de la lista de elegibles del concurso de ascenso prioritariamente, respecto del de la lista de elegibles del concurso abierto, lo que establece un privilegio injustificado en favor de los concursantes inscritos en la carrera de la DIAN, dificultando igualmente el

acceso de personal externo de la DIAN a la carrera de dicha entidad; **d)** la realización de los concursos abiertos para proveer cargos en la DIAN, está supeditada a la improcedencia del concurso de ascenso (inc. segundo art. 36.1 D.765/05), lo que lo convierte en subsidiario, cuando la exigencia constitucional es que los concursos para acceder a la carrera son abiertos; **e)** en los concursos de ascenso en la DIAN, pese a que se regulan de manera que se permite la participación de personas inscritas y no inscritas en la carrera de la entidad, se debe reconocer la experiencia específica y la evaluación del desempeño en cargos ejercidos en ésta (inc. segundo art. 36.2 D.765/05), lo que sólo es posible frente a los concursantes que estén inscritos en la carrera de la DIAN, luego la evaluación de los aspirantes no es igualitaria respecto de quienes no están o no han estado en esta entidad; y **f)** los cargos de carrera de la DIAN deben ser provistos *obligatoriamente, en primera instancia*, a través del concurso de ascenso (inc. cuarto art. 36.2 D.765/05), de lo que se deriva una vulneración al derecho de acceso en igualdad de condiciones a los cargos de carrera, teniendo en cuenta que el concurso de ascenso resulta ser un concurso cerrado, de conformidad con las demás disposiciones acusadas. Concluye entonces de manera general que el sistema de concursos de la DIAN es cerrado y excluyente.

4.- Sobre este primer cargo dicen el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales (DIAN) en sus escritos de intervención, que la regulación de la carrera en la DIAN está acorde con los principios que inspiran los Sistemas Específicos de Carrera. En su parecer la noción de sistema específico, en atención al artículo 4º de la Ley 909 de 2004, alude a que por la naturaleza de las funciones que desarrollan ciertas entidades - entre ellas la DIAN - se autoriza la implementación de mecanismos de ingreso a los cargos de carrera que den cuenta de la especialidad y especificación técnica de su misión. En razón a ello los sistemas de ingreso de funcionarios pueden privilegiar criterios de selección de personal como la experiencia, el formar parte o no de la entidad y los demás criterios que la demandante considera discriminatorios. Además, afirman se debe tener en cuenta, por un lado que en los concursos de ascenso pueden participar tanto funcionarios de la DIAN como personal de fuera de esta entidad, y por otro que, disposiciones tales como el reconocimiento de la experiencia específica en la misma entidad y la “formula de desempate”, entre otros, son criterios permitidos por el orden constitucional a la luz de la garantía de la promoción en los empleos de carrera y la estabilidad en los mismos, a que tienen derecho estos trabajadores en Colombia. De ahí que soliciten la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados.

En igual sentido se pronuncia el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, agregando que la jurisprudencia de la Corte ha avalado el tipo de concursos mixtos de ingreso a la carrera, como el que actualmente rige a la DIAN y que consiste en que se permite la participación de todo el que cumpla con los requisitos y el perfil para el cargo, pero a la vez se permite tener en cuenta como criterio de selección la experiencia específica y el desempeño de

quienes están dentro de la entidad. Por ello considera que las disposiciones son exequibles, salvo la norma de dispone la “formula de desempate”, que considera debe ser declarada inexecutable. La Universidad del Rosario por su lado considera que las normas son contrarias a la Constitución, en tanto en la sentencia C-266 de 2002 la Corte declaró inexecutable normas cuya hipótesis es la misma que la de las normas bajo estudio, sólo que aquel pronunciamiento estudió la constitucionalidad del ingreso a la carrera de la Procuraduría General de la Nación.

Por el contrario, el Ministerio Público encuentra fundado este primer cargo y solicita la inexecutable tanto de los apartes normativos que hacen del concurso de ascenso en la DIAN un concurso cerrado, en los términos en que lo plantea la demandante, como también de aquellos apartes que privilegian el concurso de ascenso sobre el concurso abierto y la “formula de desempate” mencionada. Incluso, propone la integración normativa con otros apartes no demandados pero que a su juicio hacen del concurso de ascenso en la DIAN, una modalidad contraria a la Constitución. Según el Procurador, la jurisprudencia de la Corte ha declarado que los concursos cerrados para acceder a la carrera administrativa están proscritos en nuestro orden normativo. La Vista Fiscal opina que de una interpretación sistemática de las disposiciones demandadas, y otras del decreto de la referencia, se desprenden privilegios excluyentes e irrazonables para ingreso y ascenso a los cargos de carrera, lo cual es inexecutable a la luz de la Constitución. Con base en esto solicita a esta Corporación que declare inexecutable los apartes demandados.

Primer problema jurídico: El respeto de los artículos 13 y 125 de la Constitución y las normas sobre carrera administrativa.

5.- Con base en lo anterior, corresponde a esta Sala determinar respecto del primer cargo, si situaciones tales como la movilidad en los cargos, los efectos del nombramiento en periodo de prueba de ascenso, el orden de prioridad en la realización de los concursos, el carácter subsidiario del concurso abierto, la “formula de desempate” para la provisión de cargos de carrera, el reconocimiento de la experiencia y el desempeño en cargos de la misma entidad para la que se concursa y la obligación de proveer cargos de carrera en primera instancia mediante concurso de ascenso, están reguladas en el Decreto 765 de 2005 de manera que privilegian injustificadamente a los concursantes que son funcionarios de la DIAN. Esto, en detrimento de los concursantes que no lo son, y vulnerando además el derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas y los principios rectores de la carrera administrativa, en contra los artículos 13 y 125 de la Constitución. O si por el contrario, el tratamiento hacia unos y otros dispuesto en dicho decreto está justificado constitucionalmente, luego no representa un obstáculo para acceder a la función pública ni desdibuja la idea de la carrera administrativa (arts. 13 y 125 C.N).

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación desarrollará el estudio de

constitucionalidad de las normas objeto del primer cargo. Para ello, en atención a que los apartes normativos de los que se deriva la supuesta inconstitucionalidad se encuentran dispersos en el Decreto 765 de 2005, (i) la Corte Constitucional hará referencia previa a la regulación del ingreso a los puestos de la carrera en la DIAN, tal como quedaron regulados en el mencionado decreto. (ii) Se presentarán las líneas jurisprudenciales referentes tanto a las condiciones de igualdad que deben enmarcar la implementación de los concursos para la provisión de cargos de carrera (arts 13 y 125 C.N), como al alcance normativo que brindan las características especiales de los Sistemas Específicos de Carrera – tales como el de la DIAN - contemplados en el artículo 4° de la Ley 909 de 2004. (iii) A la luz de los criterios establecidos en la Constitución y la jurisprudencia de la Corte se analizarán los enunciados normativos demandados. Luego de ello (iv) se analizará el segundo cargo.

Ingreso a los cargos de carrera administrativa en la DIAN. Alcance normativo del Decreto 765 de 2005.

6.- El decreto de la referencia fue dictado por el Ejecutivo, en virtud de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso mediante el artículo 53.5 de la ley 909 de 2004². El legislativo autorizó al Presidente de la República durante seis meses para expedir normas con fuerza de ley cuyo contenido fuera, entre otros, normas que modificaran el sistema específico de carrera para los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En el mencionado decreto se establece la prestación de la función pública por parte de la DIAN se hará mediante los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de carrera y empleos de supernumerarios.³ La carrera administrativa en dicha entidad, se constituye como un sistema específico, de conformidad con el artículo 4.1 de la Ley 909 de 2004, basado en el mérito, y establece tanto igualdad de oportunidades para el ingreso, como para la promoción.⁴ Dicho sistema está vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil⁵, e igualmente al interior del mismo ejerce seguimiento y

² **LEY 909 DE 2004.** “ARTÍCULO 53. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de esta Ley, para expedir normas de fuerza de ley que contengan: (...)”

5. Las normas que modifiquen el sistema específico de carrera para los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (...)”

³ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 3°. Empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Son empleados públicos quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, vinculados a ella por una relación legal y reglamentaria.

La función pública en la Entidad se prestará mediante los siguientes empleos:

3.1 Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.

3.2 Empleos públicos de carrera.

3.3 Empleos de supernumerarios.(...)”

⁴ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 5°. Definición del Sistema Específico de Carrera. La Carrera Administrativa de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, es un sistema técnico específico basado en el mérito que constituye el fundamento de la administración de personal.

El sistema, ofrece igualdad de oportunidades para el ingreso a los cargos de la entidad; garantiza la permanencia conforme al mérito; permite oportunidades de promoción; regula los mecanismos de retiro; promueve la formación y capacitación para el desarrollo personal y para el mejor desempeño del empleo y del perfil del rol.(...)”

⁵ **DECRETO 765 de 2005** “ Articulo 8°. Vigilancia del Sistema Específico de Carrera por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. De acuerdo con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política y en el artículo 4° de la Ley 909 de 2004, la vigilancia del Sistema Específico de Carrera en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, será ejercida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.(...)”

vigilancia la Comisión del Sistema Específico de Carrera, entre otras instancias creadas para lo propio.⁶

7.- De igual manera, existe un sistema de acreditación que consiste en un registro en el que consta un conjunto de procedimientos y estándares cuyo fin es identificar, habilitar y certificar las competencias laborales de los empleados públicos inscritos en carrera en la DIAN⁷, que pretenden acceder a distintos cargos de los que desempeñan. Este registro del sistema de acreditación, se consulta entre otras cosas, siempre que un empleado inscrito en la carrera de DIAN pretenda ascender de cargo, es decir que participe en un concurso de ascenso. Esto es, se establece la consulta del sistema de acreditación como condición necesaria para participar en un concurso de ascenso⁸. De manera general, la movilidad de los empleados en los cargos al interior de la carrera está sometido a las reglas de los concursos de ascenso⁹.

8.- Para proveer cargos de carrera en la DIAN, se establecen cuatro tipos de nombramientos. El nombramiento ordinario para los cargos de libre nombramiento y remoción, con personal inscrito o no-inscrito en la carrera de la DIAN y no-seleccionado por concurso. El nombramiento provisional para cargos de carrera, con personal inscrito o no-inscrito en la carrera de la DIAN y no-seleccionado por concurso. El nombramiento en periodo de prueba para cargos de carrera, con personal no-inscrito en carrera de la DIAN y seleccionado por concurso abierto. Y el nombramiento en periodo de prueba de ascenso para cargos de carrera de superior jerarquía a cualquier otro, con personal inscrito en la carrera de la DIAN y seleccionado por concurso de ascenso.¹⁰

⁶ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 9º. *Instancias y responsables de la administración y gestión del Sistema Específico de Carrera. Para la administración del Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, se establecen las siguientes instancias y responsables:*

9.1 *Comisión del Sistema Específico de Carrera.*

9.2 *Comisión de Personal.*

9.3 *Dependencia de Gestión Humana.*

9.4 *Empleados públicos con personal a cargo.”*

⁷ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 20 **ACREDITACIÓN.** *El sistema de acreditación es el conjunto de procedimientos y estándares mediante los cuales se identifican, habilitan y certifican las competencias laborales del empleado público perteneciente al Sistema Específico de Carrera para el ejercicio de un empleo. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, identificará los perfiles del rol de los empleos y sus categorías, y los someterá al organismo competente para la normalización, acreditación y certificación de las competencias laborales respectivas, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del Artículo 19 de la Ley 909 de 2004.”*

⁸ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 21. **EFFECTOS DEL SISTEMA DE ACREDITACIÓN.** *El sistema de acreditación permitirá verificar las capacidades de los empleados públicos del Sistema Específico de Carrera, como condición necesaria para participar en las siguientes situaciones:*

21.1 *Para la movilidad en el Sistema Específico de Carrera mediante concurso de ascenso.*

21.2 *Para otorgar comisiones que permitan desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período.*

21.3 *Para ejercer cargos del mismo nivel jerárquico en otras áreas funcionales y procesos distintos a la que pertenece, y para que proceda de esta forma el traslado o reubicación.*

21.4 *Para ser encargado dentro de la Entidad.(...)”*

⁹ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 24 **MOVILIDAD.** *La movilidad de los empleados públicos en el Sistema Específico de Carrera se realizará conforme a las reglas del concurso de ascenso, de movilidad horizontal y del sistema de acreditación, según el caso (...)*”

¹⁰ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo 26 **CLASES DE NOMBRAMIENTO.** *La provisión de los empleos se sujetará a las siguientes clases de nombramiento:*

26.1 *Nombramiento ordinario: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos que, de conformidad con el presente Decreto, tienen el carácter de empleos de libre nombramiento y remoción.*

26.2 *Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos del Sistema Específico de Carrera con una persona seleccionada por concurso abierto que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de*

9.- Se establece un orden de prioridad de criterios para seleccionar al personal que ocupará los cargos de carrera en la DIAN. Los tres primeros criterios están dirigidos a preservar la estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los empleados de esta entidad. En orden descendente, el cuarto criterio consiste en que se proveerá el cargo con quien ocupe el primer puesto en la lista de elegibles que obra como resultado del concurso de ascenso. Y, el quinto criterio consiste en que el cargo se proveerá con quien ocupe el primer puesto en la lista de elegibles que obra como resultado del concurso abierto.¹¹

10.- Los procesos de selección del personal que ocupará cargos de carrera en la DIAN, se implementan mediante dos clases de concursos. El concurso abierto en el que puede participar personal inscrito y no-inscrito en la carrera de la DIAN, constituye la modalidad de ingreso de empleados nuevos a dicha carrera, procede únicamente cuando no procede el concurso de ascenso y si luego de su realización se presenta empate en cualquier puesto de la lista, se preferirá, para proveer el cargo, a quien preste o haya prestado satisfactoriamente sus servicios a la DIAN mediante nombramiento provisional.

Y el concurso de ascenso en el que puede participar personal inscrito y no-inscrito en la carrera de la DIAN, en el que se reconoce a los inscritos en carrera su experiencia específica y la evaluación de su desempeño en los cargos que en dicha entidad ejerció y que constituye la modalidad obligatoria para proveer, en primera instancia, los cargos de carrera en la DIAN.¹²

Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y por un término de seis (6) meses a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo, la cual tendrá la duración que en cada caso establezcan los términos de la convocatoria.

26.3 Nombramiento provisional: Es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, previa convocatoria a concurso y siempre que no hubiese sido posible el encargo. Su duración no podrá exceder de seis (6) meses y no habrá lugar a prórroga.

26.4 Nombramiento en período de prueba de ascenso: Es aquel que se efectúa, previa realización de concurso de ascenso, cuando recae en una persona que al momento del nombramiento se encuentra inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel, en los términos previstos en el presente decreto y sus reglamentos. Su duración no podrá exceder de seis (6) meses.”

¹¹ **DECRETO 765 de 2005** “Artículo **PRIORIDAD EN LA PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS.** La provisión de los empleos vacantes en forma definitiva que se encuentren comprendidos en el Sistema Específico de Carrera, se hará teniendo en cuenta el siguiente orden:

27.1 Con la persona que al momento de su retiro acreditaba derechos del Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y cuyo reintegro haya sido ordenado por decisión judicial.

27.2 Con el personal del Sistema Específico de Carrera en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, al cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser incorporado a empleos equivalentes, teniendo en cuenta la sujeción de los empleos a las áreas funcionales y procesos del Sistema Específico, conforme lo determine el reglamento del Gobierno Nacional.

27.3 Con la persona que haya renunciado con posibilidad de reingreso.

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

27.5 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente de concurso abierto de la respectiva área funcional y proceso.(...)”

¹² **DECRETO 765 de 2005** “Artículo **36. CONCURSOS.** Para la provisión definitiva de los cargos del Sistema Específico de Carrera será obligatorio adelantar, según el caso, alguna de las siguientes clases de concursos de méritos:

36.1 Concurso abierto. Es aquel en el cual pueden participar todas las personas que cumplan los requisitos del empleo y posean el perfil del rol exigido para el desempeño de este. Dicho concurso constituye el mecanismo de ingreso de nuevos empleados públicos a la carrera específica de la Entidad.

De conformidad con la anterior descripción de la regulación del ingreso al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, en los aspectos impugnados en la demanda pública de inconstitucionalidad, la Sala analizará el primer cargo y resolverá el primer problema jurídico planteado.

Reiteración de Jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de condiciones desiguales para proveer cargos de carrera administrativa y sobre características de los sistemas específicos de carrera.

11.- El reparo de constitucionalidad presentado por la demandante y acogido por el Procurador, señala en términos generales que la regulación dispuesta por el decreto bajo estudio para los concursos de ascenso en la DIAN, hace de éste un concurso cerrado, y como consecuencia de ello impide el ingreso a los cargos carrera de esta entidad en igualdad de condiciones. Pues, el diseño del mencionado concurso privilegia injustificadamente a los aspirantes que están inscritos en dicha carrera, en detrimento de aquellos que no lo están. Así pues, ha explicado la Corte que “...no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso en los mismos”¹³. Por lo que antes de determinar, si en efecto los enunciados normativos demandados le dan un carácter cerrado al ingreso a la carrera de la DIAN, la Sala hará referencia a los criterios jurisprudenciales en que se ha sustentado la afirmación según la cual “[l]os concursos cerrados están proscritos en los cargos de carrera del Estado.”¹⁴

Igualdad de condiciones para proveer cargos de carrera. Concurso de ascenso en la DIAN como sistema de ingreso cerrado.

12.- Acerca de la provisión de cargos de la carrera administrativa con fundamento en el concurso de méritos, establecida en el inciso tercero del artículo 125 constitucional, ha establecido esta Corporación que el punto de

Esta clase de concurso, únicamente se podrá convocar cuando no proceda el concurso de ascenso, o cuando procediendo, el número de aspirantes dentro de la entidad resulte insuficiente para garantizar una adecuada competición para la selección de los candidatos.

De presentarse empate en cualquier puesto de la lista de elegibles se preferirá para efectos de la provisión del empleo a quien preste o haya prestado, satisfactoriamente, sus servicios a la entidad, mediante nombramiento provisional, o en su defecto, en calidad de supernumerario.

36.2 Concurso de ascenso. *En el cual podrán participar todos los aspirantes de fuera o dentro de la Entidad, que reúnan los requisitos y el perfil del rol para el empleo.*

En esta clase de concurso, a los participantes que estén inscritos en el Sistema Específico de Carrera de la DIAN se les reconocerá su experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales, sin excluir del concurso a personas no inscritas en dicho Sistema.

En todo caso, los criterios de selección observarán en forma estricta el sistema de mérito y la consiguiente igualdad de oportunidades entre todos los aspirantes.

Por regla general, todos los cargos de carrera de la planta de personal de la entidad serán provistos obligatoriamente, en primera instancia, a través de esta modalidad, cuando el número de aspirantes resulte suficiente.

Cuando como resultado del concurso de ascenso, sea favorecido un empleado inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, el nombramiento se hará en período de prueba de ascenso; en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso, y conservará su inscripción en el Sistema Específico de Carrera. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.(...)”

¹³ C-266 de 2002 (FJ # 4.2)

¹⁴ *Ibíd*em

partida es tanto la noción como los fines¹⁵ que enmarcan a la carrera administrativa en Colombia. De esto modo, se ha definido que “...la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, <descartá[ndose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo>¹⁶ que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.”¹⁷

La concentración de la administración y vigilancia de lo anterior, la dispuso el constituyente de 1991, en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art 130 C.N), como ente autónomo y especializado encargado de velar por el cumplimiento del fundamento constitucional de la carrera administrativa, concretado en que la mencionada carrera “(i) permite al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados¹⁸; (ii) asegura que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado¹⁹; (iii) permite seleccionar adecuadamente a los servidores públicos y garantiza que no sean los intereses políticos, sino las razones de eficiente servicio y calificación, las que permitan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad²⁰; y (iv) asegura la vigencia de los principios de eficiencia y eficacia en el servicio público, la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, así como los derechos subjetivos reconocidos mediante el régimen de carrera administrativa²¹.” (C-733 de 2005, FJ # 3)

¹⁵ Recientemente, en la Sentencia C-733 de 2005, se destacaron algunas de las providencias de la Corte Constitucional en relación con los fines que orientan la carrera administrativa en Colombia. Entre muchas otras ver C- 479 de 1992; C- 195 de 1994; C- 040 de 1995; C- 041 de 1995; C- 037 de 1996; C- 030 de 1997; C- 539 de 1998; C- 110 de 1999; C- 109 de 2000; C- 371 de 2000; C- 486 de 2000; C- 292 de 2001; C- 954 de 2001; C- 1177 de 2001; C- 517 de 2002; C- 1079 de 2002; C- 969 de 2003 y C- 077 de 2004.

¹⁶ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-563/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁷ Sentencia C- 1079 de 2002 (FJ # 3.3)

¹⁸ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C- 479 de 1992 con ponencia de los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C- 195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁰ [Cita del aparte transcrito] C- 356 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

²¹ [Cita del aparte transcrito] Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-391 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara, C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero C-040 del 9 de febrero de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-063 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

13.- En una primera etapa la jurisprudencia constitucional declaró exequibles los concursos cerrados de ascenso, como modalidad para proveer cargos de carrera. Se afirmó al respecto que “...*tal instrumento tiene fundamento en las normas constitucionales y, además, es <razonable y proporcional a las finalidades constitucionales que se persiguen con la carrera administrativa,> porque no excluye de manera absoluta el derecho de los no escalafonados en la carrera de la entidad a participar en un concurso de ascenso que sea mixto, es decir, en el cual se proteja el derecho de acceder a un cargo público, sin privilegios contrarios a la igualdad de oportunidades, pero al mismo tiempo se reconozca a los inscritos en carrera la posibilidad de ascender como un estímulo necesario para cumplir las finalidades inherentes a la carrera y garantizar los derechos de los que ya ingresaron a ella y tienen una experiencia de servicio en la propia entidad.*”²²

En la Sentencia C- 110 de 1999²³ se dijo que “*la circunstancia de que se establezca el concurso cerrado para quienes están escalafonados, en modo alguno implica que siempre tenga que acudir a éste cuando se trata de ascender funcionarios, porque la administración puede, por razones del buen servicio administrativo, determinar que en este caso se haga un concurso mixto en el cual tengan cabida tanto los funcionarios que ya vienen prestando sus servicios a la entidad y que desean ascender en el escalafón, como las personas ajenas a ésta.*”

14.- No obstante a partir de la Sentencia C-266 de 2002, la Corte Constitucional, cambió de manera expresa su jurisprudencia al respecto. Afirmó que “[I]a jurisprudencia que admitía la constitucionalidad de los concursos cerrados para el ascenso en la carrera contradice la Constitución, específicamente los artículo 125, 13, 41 y 209.”²⁴ Lo cual se ha venido fundamentando en que (i) no hay lugar a distinguir entre modalidades de concursos para el acceso o ingreso a la carrera y modalidades de concursos para ascenso, pues el artículo 125 constitucional no establece dicha distinción; (ii) el fundamento sustancial para la provisión de cargos de carrera (ingreso o ascenso) es el mérito, que prohíbe incluir dentro de los parámetros de selección de personal criterios diferentes a aquellos que pretendan medir objetivamente el mencionado mérito de los aspirantes; y (iii) el reconocimiento de factores que sólo sean aplicables a unos concursantes y a otros no, como criterio de selección en los concursos, resulta desproporcionado incluso frente al derecho al reconocimiento e incentivo laboral a que tienen todos los trabajadores.

15.- Respecto del primer fundamento ha determinado este Tribunal Constitucional que el contenido del artículo 125 de la Carta, dispone a este respecto dos *subprincipios* relevantes, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera salvo las excepciones constitucionales y

²² C-266 de 2002 (FJ # 4.1)

²³ Fundamento Jurídico # 2.6

²⁴ C-266 de 2002 FJ # 4.2.1

legales y que el mecanismo para ser nombrado en carrera es el concurso público, salvo que la Constitución o la ley haya establecido para ellos otro sistema de nombramiento, caso en el cual ya no son de carrera:

*“En consecuencia, el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. La disposición constitucional no distingue si se trata de nombramientos para ingresar o ascender en la carrera al establecer el concurso público como condición del nombramiento del funcionario que pretende ocupar un cargo de carrera. Si la Constitución no distingue entre el ingreso a la carrera y el ascenso a la misma – sino que por lo contrario impone, en ambos casos, que se cumplan <los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes> (art. 125 C.P.) –, no corresponde al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público. El concurso público tiene como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante (arts. 125 y 209 C.P.), sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 40 num. 7 C.P.). De limitarse el mecanismo de nombramiento de funcionarios de carrera por vía del concurso público sólo al ingreso a la carrera y excluirlo, así sea parcialmente, del ascenso en la carrera, no sólo se desconocería el texto del artículo 125 de la Carta, sino que se vulnerarían los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.”*²⁵ [Énfasis fuera del texto]

Por ello, los sistemas de ingreso a los cargos públicos de carrera buscan ponderar los principios de igualdad de condiciones para acceder y la promoción de quienes ya han accedido a la carrera. La regulación legal del empleo público y la carrera administrativa mediante la ley 909 de 2004 da cuenta de ello al establecer el criterio del mérito, tanto para el ingreso como para la permanencia en los cargos de carrera (arts. 2º y 4º L.909/04). En igual sentido el Decreto 765 de 2005 demandado, establece en su artículo 5º la igualdad de oportunidades para el ingreso y la promoción. Sobre la necesidad de ponderar los intereses mencionados, aseveró la Corte que “[s]i bien, el ingreso a los cargos públicos por el sistema de méritos, busca lograr el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, de igualdad, eficacia, eficiencia, en el desarrollo de las funciones públicas, pretende también garantizar los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.)(...)”²⁶.

²⁵ Ibídem

²⁶ C-714 de 2002

También, en la C-963 de 2003 se dijo que “...*el derecho a la igualdad es inherente a la existencia y funcionamiento del sistema de carrera –general o especial-, en tanto se busque acompañarlo a los postulados superiores en bien de los fines esenciales del Estado y de los derechos de las personas que pretendan acceder al servicio público o que ya estén vinculadas al mismo.*”

16.- Por lo anterior se reafirma la conclusión de la Corte, según la cual a la regulación de la provisión de cargos de carrera, no puede subyacer distinción alguna según si el cargo se va a proveer con personal externo a la entidad que realiza el concurso o por empleados de dicha entidad que aspiran a ascender al mencionado cargo. Para que las disposiciones normativas que regulan la forma de proveer los cargos de carrera en las entidades públicas se ajusten a la Constitución deben diseñar los concursos de tal manera que no se establezca una regulación y unas condiciones para quienes pretenden ingresar a la carrera y otras para quienes pretenden ascender dentro de la mencionada carrera. La disposición normativa deberá ser en este aspecto igualitaria.

17.- La segunda justificación a partir de la que la Corte consideró inconstitucionales los concursos cerrados, y según la cual el fundamento sustancial que ampara la realización de los concursos es garantizar la provisión de cargos de carrera con base en el mérito, ha derivado para esta Corporación en la obligación de velar por el establecimiento de normas que garanticen una evaluación objetiva del mérito de quienes concursan para quedar en el cargo. De este modo se ha limitado la libertad del legislador para regular los sistemas de concurso “...*de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, [por lo que] no pueden desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.”²⁷ [Énfasis fuera del texto]*

²⁷ C-371 de 2000, reiterada en la C-733 de 2005

Igualmente, de manera reiterada y consistente la Corte Constitucional ha reconocido en el mérito un criterio fundamental “...para determinar el acceso el ascenso y el retiro de la función pública.”²⁸ En la sentencia C-266 de 2002 se hizo mención a pronunciamientos de la Corte en dicho sentido, por ejemplo las sentencias “...relativas al ascenso en la carrera diplomática y consular²⁹, a la inconstitucionalidad de la imposibilidad de participar en concursos de ascenso en la DIAN diferentes al correspondiente a la categoría inmediatamente superior³⁰, a las calidades requeridas para el cargo de notario³¹ y a los méritos para la promoción en la carrera docente³². Lo anterior porque cualquier tipo de trato privilegiado o preferencial a servidores públicos, así sean de carrera, es contrario a la calidad y al mérito como criterios para el ingreso, el ascenso y la permanencia en la función pública (art. 125 C.P.).”

18.- La observancia del mérito, como elemento fundamental que debe inspirar los concursos al cabo de los cuales se proveerán los cargos de carrera, trae como consecuencia la verificación - por parte del juez de control de constitucionalidad - de la disposición de condiciones de igualdad en la evaluación de los aspirantes que participan en un concurso para acceder a un cargo de la carrera. En este orden, junto con los concursos cerrados quedaron también proscritas aquellas formas de evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican para unos aspirantes pero no para otros. Esto es consecuencia lógica de la declaratoria de inconstitucionalidad de los concursos cerrados por excluir de la posibilidad de participación en ellos a algunas personas, pues de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todas no se les evalúa igual.

19.- A su vez lo anterior sustenta el tercer fundamento al que la Corte acudió para determinar como contrarios a la Constitución los concursos cerrados para adjudicar cargos de carrera. Así pues, sobre los criterios adicionales, como por ejemplo la posibilidad de reconocer a los empleados inscritos en carrera su experiencia y desempeño en su cargo, en la realización de un concurso en el participen aspirantes inscritos en carrera como no-inscritos, ha dicho la Corte:

“A juicio de este Tribunal, aún considerando que el sistema de concurso cerrado puede resultar adecuado para hacer realidad el objetivo de estimular a los funcionarios escalafonados o inscritos en carrera y reconocerles su experiencia y buen desempeño en el ejercicio de sus funciones, dicho proceder “es innecesario” en el

²⁸ C-266 de 2002

²⁹ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³¹ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-097 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

³² [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, Sentencia C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

entendido que puede acudir a otros métodos menos lesivos de las garantías reconocidas a terceros -quienes también por sus calidades podrían acceder al cargo- y, a su vez, más apropiados e idóneos para asegurar tanto la observancia de tales fines lícitos, como la eficiencia de la función pública y la igualdad en la posibilidad de acceso a la misma en todas sus fases.”³³ [Énfasis fuera de texto]

El sustento de lo anterior lo halló la Corte, en el hecho que el fin buscado por las normas que pretendían privilegiar a los participantes de los concursos de ascenso inscritos en carrera, frente a los participantes no-inscritos, no justificaba suficientemente el sacrificio de los derechos constitucionales que protegen la igualdad para el acceso a la función pública (arts. 13, 125 y 40.7 C.N). Dicho objetivo consistía en reconocer los derechos a ser promocionado en la carrera, como reconocimiento al buen desempeño en sus funciones. Dijo la Corte sobre el particular, en la citada C-266 de 2002:

“En concepto de la Corte, aunque el mecanismo del concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera de la Procuraduría y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso – y la exclusión de terceros igual o más calificados que éste lleva implícita – es innecesario, ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros – quienes también podrían, por sus calidades, optar para ocupar el cargo de carrera mediante el concurso público – y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública. (...) El medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 41 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.).”

El resultado de esta ponderación, ha dejado claro para la Corte Constitucional que la noción de carrera administrativa como reguladora de la provisión de cargos en las entidades del Estado, propone privilegiar la igualdad en el acceso a las plazas de la carrera y reconocimiento objetivo del mérito en quien lo tenga, independientemente de si se está o no inscrito en la misma. A

³³ C-1079 de 2002, reiterando lo dispuesto en la C-266 de 2002

propósito de ello, en la sentencia C-1177 de 2001³⁴ se establecieron derroteros constitucionales a partir de la idea de la igualdad de condiciones para el ingreso a la carrera administrativa:

“i.) Por una parte, el de la garantía de cumplimiento de los fines estatales, en la medida en que permite que la función pública, entendida como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”³⁵, pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia³⁶.

ii.) Por otra parte, el de la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53).

iii.) Tampoco se puede perder de vista que el respeto al sistema de carrera administrativa hace vigente el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública incorporado a dicho sistema y a ascender dentro de dicha carrera.”

20.- Lo anterior fue reiterado recientemente en la sentencia C-733 de 2005, mediante la cual la Corte declaró la inexecutable del artículo 56 transitorio³⁷ de la Ley 909 de 2004³⁸, el cual disponía que los empleados, que para la entrada en vigencia de la mencionada ley se encontraban desempeñando cargos de carrera sin estar debidamente inscritos en ella, al momento de concursar para ostentar dicho cargo en propiedad se les reconocería *la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio*. La Sala argumentó que “[s]egún jurisprudencia reiterada de la

³⁴ Reiterada en la C-733 de 2005

³⁵ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-631 de 1996.

³⁶ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-540 de 1998.

³⁷ Ley 909 de 2004. “Artículo 56.- 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 formar listas de elegibles para proveer dicho cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.”

³⁸ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Corte, el ingreso a los cargos de carrera administrativa y el ascenso en los mismos, debe hacerse mediante la determinación de los méritos y calidades de los aspirantes, como una manifestación concreta del derecho a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos; sin que le esté permitido al legislador, al diseñar el sistema de concurso, desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes mediante la participación igualitaria en los procesos de selección de los funcionarios del Estado. [Énfasis fuera del texto]

Y en concreto sobre el reconocimiento de la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el desempeño del cargo, como elemento constitutivo de la selección en las listas de elegibles en desarrollo del concurso; se consideró que la norma acusada (art 56 trans L.909/04) consagraba en efecto “...un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursan, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.” [Énfasis fuera de texto]

21.- De lo anterior se sigue que las regulaciones de los sistemas de concursos no pueden establecer criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos. El establecimiento de factores que pretenden incentivar a los empleados de carrera mediante la oportunidad de promoción, incorporados como elementos constitutivos de la selección de personal para cargos de carrera mediante concurso, es contrario a la Constitución en tanto privilegia injustificadamente a algunos participantes en detrimento de otros.

Principios constitucionales del Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos de Carrera

22.- Tal como se explicó en el fundamento jurídico número 12 de esta sentencia, la Carrera Administrativa constituye un *sistema técnico de administración de personal*³⁹, el cual mediante el establecimiento de niveles mínimos de homogeneización de la vigilancia y administración de los

³⁹ C-1079 de 2002 (F.J # 3.3)

sistemas de concursos (art 130 C.N), tiene como propósito tanto el diseño de una organización de la función pública articulada en principios de igualdad e imparcialidad en el reconocimiento del mérito (arts, 13, 40.7 y 125 C.N), así como también busca que todos los sistemas de carrera sean administrados y vigilados por una entidad autónoma e independiente, como lo establece el artículo 130 de la Constitución en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.⁴⁰

Dentro de este marco general dispuesto por nuestro orden constitucional (arts 13, 40.7, 125 y 130 C.N) se desarrollan tanto el Sistema General de Carrera como los llamados “Sistemas Específicos de Carrera”. En el acápite anterior se presentaron los criterios que regulan el sistema general. Ahora bien, respecto de los sistemas específicos ha dicho igualmente la Corte que, en tanto el artículo 125 Superior hace referencia a sistemas de nombramiento de funcionarios creados por la Constitución y a sistemas de nombramiento de funcionarios creados por la ley, el establecimiento de sistemas específicos de carrera, en la medida en que son diseñados por el legislador, están constitucionalmente amparados. En efecto, el artículo 4º de la Ley 909 de 2004⁴¹, regula en la actualidad el empleo público y la carrera administrativa y contempla la existencia de sistemas de carrera que son específicos *“en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública”*⁴².

23.- Así pues, esta Corporación se había ocupado ya del carácter “específico” de algunos sistemas de carrera al estudiar en la sentencia C-563 de 2000 la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 443 de 1998, cuyo contenido normativo establecía que la carrera administrativa aplicable al DAS, al

⁴⁰ Sobre la naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil se pueden consultar las sentencias C-372 de 1999, la C-746 de 1999 y C-733 de 2005

⁴¹ Recientemente, en la C-1230 de 2005 la Corte Constitucional estudió el ámbito de aplicación del artículo 130 constitucional a la posibilidad del legislador de crear y regular sistemas específicos de carrera, y declaró la exequibilidad del numeral tercero del artículo 4º de la Ley 909 de 2004, bajo en entendido que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil no sólo la vigilancia, sino también la “*admisitración*” de los Sistemas Específicos de Carrera.

⁴² **LEY 909 DE 2004.** “ARTÍCULO 4o. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.

- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

3. La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

PARÁGRAFO. Mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de carrera administrativa para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.”

INPEC, a la DIAN, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología y a las carreras diplomática, consular y docente, era un sistema que contenía regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera.

De esta manera, a partir de la aceptación de la complejidad de algunas de las funciones que desarrolla el Estado, la Corte explicó en aquella ocasión que *[e]n esa perspectiva, la función de diseñar y regular la carrera administrativa, que le corresponde al legislador, ha de incluir un componente de flexibilidad que garantice su adecuación a las disímiles y cambiantes circunstancias de la función pública; un aparato estático, rígido, que no permita la adecuación de sus elementos constitutivos esenciales a las singulares necesidades de cada una de las entidades del Estado, no sólo no correspondería a la concepción de la función pública que subyace en la Constitución, sino que impediría la realización de los objetivos y principios del paradigma mismo del Estado social de derecho (...)*⁴³. Por ello concluyó que la regulación especial para los sistemas de nombramientos de funcionarios en algunas entidades, se encuentra justificada por la necesidad de dar cuenta de la naturaleza de las funciones de éstas. Empero, la justificación que sirve al legislador para regular de manera específica ciertos sistemas de carrera, se presentó sujeta a *criterios objetivos, razonables y racionales* que sustentaran que dicha regulación, que es distinta a la del sistema general, no trasgrediera los principios constitucionales de la provisión de cargos de carrera en entidades estatales, los cuales guían la implementación de los concursos independientemente de si el sistema de carrera es general o específico. Sobre el particular se dijo en la sentencia C-507 de 1995, con ocasión de la regulación de la carrera del INPEC:

“A juicio de la Corte, el señalamiento que se hace en la Constitución de las carreras especiales debe interpretarse en el sentido de la existencia de un mandato expreso y concreto del Constituyente, para que en determinadas entidades del Estado se organizara un sistema de carrera administrativa especial, atendiendo a la naturaleza o a las particularidades de las actividades asignadas a ellas, desde el punto de vista funcional, técnico y operativo y, obviamente con miras a asegurar la moralidad, eficiencia y eficacia de la correspondiente función pública. Pero ello no es obstáculo, para que el legislador dentro de la competencia discrecional que tiene para regular todo lo atinente a la función pública y, específicamente, a la carrera administrativa (arts. 125, 130 y 150-23) pueda establecer carreras especiales que aseguren el adecuado cumplimiento de los cometidos y funciones del Estado, por diversas razones técnicas, operativas y funcionales, tales como, la especificidad de las actividades, que no permite su homologación con las que desarrollan normalmente otros

⁴³ C-563 de 2000 (F.J # 4)

funcionarios o empleados estatales, la necesidad de establecer líneas de orientación, dirección y autoridad jerarquizadas, o diseñar controles y especiales tipos de responsabilidad laboral y disciplinaria, etc.

No obstante, conviene precisar que el establecimiento de regímenes de carreras especiales debe obedecer a criterios objetivos, razonables y racionales, en el sentido de que las particulares condiciones fácticas o materiales que los justifiquen deben ser proporcionales a las finalidades especiales de interés público social que se pretendan satisfacer, de modo tal que, con el fin de preservar el derecho a la igualdad, no se otorguen tratos diferenciados para ciertos sectores de empleados que no se encuentran plenamente justificados. [Énfasis fuera de texto]

El anterior argumento fue expresado de manera sistemática por la Corte en la citada C- 563 de 2000 y reiterado entre otras en la C-517 de 2002 respecto del régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se afirmó que: *“Estos regímenes especiales serán constitucionales <en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general>”* [Énfasis fuera de texto]

24.- Si bien, los regímenes específicos de carrera se encuentran justificados a la luz del orden constitucional y su esencia consiste en que pueden contener “regulaciones específicas en materia de ingreso” en razón a la singularidad y especialidad en las funciones que cumplen las entidades donde se aplican, esto no puede ser interpretado en el sentido que la carrera tiene que estar regulada de tal manera que se de prioridad en la provisión de cargos a los concursantes que se encuentran vinculados a la entidad que realiza el concurso, en detrimento de los concursantes que no lo están.

Con la estipulación de sistemas específicos de carrera no se autorizan procesos de selección y acceso en condiciones desiguales. Esto por cuanto, en primer lugar la especificidad en la regulación de los Sistemas Específicos de Carrera se refiere – según el mismo texto del artículo 4° de la Ley 909 de 2004 - a que dicha regulación debe estar consagrada en leyes diferentes a las que regulan la función pública y no a que se puedan modificar las condiciones de igualdad de los sistemas de concursos. Y en segundo lugar, porque si lo que sustenta una regulación especial para el ingreso a la carrera son las

actividades particulares de la entidad, esta especialidad o especificidad se debe reflejar, por ejemplo en el tipo de pruebas y en su evaluación. Pero, no en privilegiar a quienes están inscritos en la carrera, pues esto supondría que los únicos que pueden manejar con solvencia las actividades propias de las entidades en las que se aplica el sistema específico de carrera, son quienes están vinculadas a éstas. Lo cual es irrazonable al menos por dos razones. La primera porque resulta un juicio *a priori* sobre las capacidades de las personas externas a la entidad, cuyo fundamento único es ese precisamente: que son externas a la entidad. Lo que no justifica en definitiva un trato distinto ni para discriminar ni para dar una prerrogativa previa. Y la segunda porque la razón de ser del concurso es justamente determinar la solvencia de los distintos aspirantes frente a unas actividades y unos temas y establecer cuál es el mejor. Luego carece de sentido pretender determinar, antes de la realización del concurso, que unos u otros aspirantes son más aptos para desempeñar las funciones requeridas que otros, por específicas o técnicas que éstas resulten.

25.- ¿Qué significa entonces la posibilidad de diseñar Sistemas Específicos de Carrera? Para la Sala, de los criterios jurisprudenciales expuestos sobre el particular se derivan los ítems que caracterizan el sentido de los mencionados sistemas específicos. Estos son:

- (i) Los Sistemas Generales de carrera, así como los Sistemas Específicos de Carrera, sin excepción y por mandato constitucional (art. 130 C.N) deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esto conlleva tanto a la unificación de los criterios a partir de los cuales se conforma la estructura de los concursos, como a que en lo relativo a la operatividad de los mismos se cierre la potestad reglamentaria del Ejecutivo por cuanto la competencia para ello la estableció el Constituyente de 1991 en la Comisión Nacional del Servicio Civil; sin perjuicio de la potestad reglamentaria de carácter general del artículo 189.11 Superior (F.J # 12 y siguientes de esta sentencia).
- (ii) Los Sistemas Específicos de Carrera configuran una especie dentro del concepto género de los Sistemas Generales de Carrera, por lo que están sometidos a los principios que inspiran y desarrollan dicho género y su sentido no puede rebasar el marco de los sistemas generales.
- (iii) La definición del legislador de sistemas específicos de carrera, como aquellos en los que es permitido contemplar *regulaciones específicas en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro* (art. 4° L.909/05) del personal de la entidad a la que se le aplica el mencionado sistema específico, no puede ser interpretada en contra de los principios generales del Sistema General de Carrera, como la igualdad, imparcialidad, mérito, entre otros (art. 2° L.909/05 y arts. 13, 40.7 y 125 C.N). Las regulaciones específicas que lo diferencian del sistema general sólo pueden ser establecidas en razón a las

particularidades de la naturaleza y función de las actividades de la entidad, pero no pueden establecer una carrera diferente, ni en su estructura, ni en sus etapas, ni en los principios que inspiran su implementación.

Conclusiones

26.- La línea jurisprudencial que acaba de describir la Sala *in extenso*, dispone para el juez constitucional la obligación de analizar la constitucionalidad de las regulaciones legales de los sistemas de concursos - independientemente de si se trata de un sistema general o un sistema específico de carrera - para proveer los cargos de carrera administrativa en la entidades públicas a partir de elementos mínimos, que a manera de test le permiten establecer la conformidad o inconformidad de dichas regulaciones a la luz de la Constitución. Así pues, los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: (i) si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; (ii) si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; (iii) si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos; (iv) si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; y (v) si no se remite la regulación de cuestiones propias de la administración de la carrera al Ejecutivo, salvo lo correspondiente a la potestad reglamentaria general. Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es sin duda inconstitucional. Al tenor de lo anterior se examinarán las normas acusadas, que normalizan los sistemas de concursos de la carrera en la DIAN.

Concurso de ascenso en la DIAN como concurso cerrado.

27.- De lo expuesto surge el deber para esta Sala de determinar entre otros, si la distinción que el Decreto 765 de 2005 establece entre concursos de ascenso y concursos abiertos, sugiere una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera respecto del ascenso en la misma. Ahora bien, como quiera que el concurso de ascenso está regulado en su totalidad en el numeral 36.2 del artículo 36, resulta necesario para la Corte revisar en su integridad su contenido normativo. Por ello hará integración normativa entre los apartes del numeral 36.2 en mención demandados y el resto de incisos y expresiones no acusadas en la demanda.

Inexequibilidad del numeral 36.2 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.

28.- A partir de los incisos primero y tercero del numeral 36.2 se establece que en los concursos de ascenso pueden participar “*aspirantes de fuera o*

dentro de la Entidad” y que los criterios de selección de dicho concurso “observarán en forma estricta el concurso de mérito y la consiguiente igualdad de oportunidades entre todos los aspirantes”. Pero, en el inciso segundo del numeral 36.2 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005, se establece que en el concurso de ascenso “a los participantes que estén inscritos en el Sistema Específico de Carrera de la DIAN se les reconocerá su experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales, sin excluir del concurso a personas no inscritas en dicho Sistema”. El texto de la anterior disposición incluye en la regulación de la carrera en la DIAN un ítem de aquellos, para el cual en el ejercicio de la evaluación, sólo aplica a quienes están inscritos en la carrera de esta entidad, en detrimento de los demás concursantes.

Tal como se explicó en el acápite anterior, el mandato de excluir de nuestro ordenamiento jurídico la realización de concursos cerrados para proveer cargos de carrera, y en consecuencia implementar concursos en los que participen todas las personas que cumplan con los requisitos y el rol requerido, quedaría vaciado de contenido si dicha participación abierta no se complementa con una evaluación igualitaria de los concursantes. Carece pues de sentido para la Sala, que el enunciado normativo en cuestión disponga una evaluación igualitaria para los participantes en los concursos de ascenso en la DIAN en los incisos primero y tercero, y a renglón seguido establezca que no se excluirán del concurso en comento a las personas no inscritas en carrera. Estructurar un concurso en el que la participación no se cierra, pero a los participantes no se les evalúa igual, es tanto como excluir del acceso a los cargos de carrera a quienes se ven perjudicados por el tratamiento distinto.

El privilegio injustificado consiste en este caso, en que de entrada se rompe con la igualdad de condiciones para concursar, pues quienes no están inscritos en la carrera de la DIAN, incluso si sus méritos llegaren a ser superiores a los de quienes si lo están, carecen de la posibilidad cierta de ser evaluados en los ítems referidos a la *“experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales.”* Ni siquiera - como lo exponen algunos de los intervinientes – si el fin pretendido con la norma es reconocer el desempeño de los empleados inscritos en carrera mediante el privilegio en la evaluación del concurso para lograr su promoción. Como se explicó ampliamente ésta no resulta ser una razón suficiente para sacrificar los principios constitucionales que enmarcan el acceso a la carrera en igualdad de condiciones. Tampoco, como se afirma en los referidos escritos de intervención, resulta satisfactoria la explicación según la cual con la disposición bajo estudio no se vulnera la igualdad de oportunidades, en tanto se permite la participación de todas las personas con los requisitos, independientemente de si están o no inscritas. El anterior argumento se cae por su propio peso, en razón a que el supuesto no es solamente igualdad de oportunidades para participar en los concursos, sino y sobretodo, igualdad de

oportunidades en la calificación.

Tal como se dijo en el acápite anterior, recientemente esta Sala en la sentencia C-733 de 2005, afirmó que es inconstitucional el establecimiento de criterios adicionales de evaluación para beneficiar a algunos de los aspirantes al cargo. Además de que no es una justificación razonable – como lo alegan los intervinientes - que el carácter cerrado en la regulación del concurso de ascenso en la DIAN, venga dado porque el sistema de carrera de esta entidad es “específico”. Por el contrario la particularidad de las funciones de esta entidad trae como consecuencia - como se dijo - el rigor en la preparación y análisis de la evaluación, de las pruebas y criterios que componen el desarrollo del concurso.

De lo anterior la Corte deriva que inciso segundo del numeral 36.2 del artículo 36 analizado, vulnera las condiciones de igualdad en el acceso a los cargos de carrera (arts. 13 y 40.7 C.N), y le quita todo sentido a los incisos primero y tercero del mismo numeral 36.2, los cuales resultan retóricos y carentes de eficacia frente a éste. Por ello serán declarados inexecutable.

28.- En relación con el inciso cuarto del mismo numeral 36.2 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005, frente al cual solicita el Procurador la integración de unidad normativa con la frase final del inciso primero del numeral 1º del mismo artículo, encuentra la Sala lo siguiente. El inciso cuarto en mención, acusado en la demanda, establece que *“por regla general, todos los cargos de carrera de la planta de personal de la entidad serán provistos obligatoriamente, en primera instancia, a través de esta modalidad, cuando el número de aspirantes resulte suficiente.”* A su turno el inciso primero del numeral 36.1 del artículo 36 en comento, el cual no fue impugnado por la demandante, establece que su frase final que el concurso abierto *“constituye el mecanismo de ingreso de nuevos empleados públicos a la carrera específica de la Entidad.”*

Así las cosas, acierta el Ministerio Público al observar que los dos apartes normativos, considerados en conjunto e interpretados de manera sistemática, determinan una norma jurídica inconstitucional consistente en que si bien las personas no inscritas en carrera pueden participar en los concursos de ascenso, éstas no pueden ingresar a través del mismo, pues el mecanismo idóneo prescrito para ellas es el concurso abierto y no el de ascenso, a la vez que los cargos deberán proveerse obligatoriamente mediante el concurso de ascenso. Las disposiciones bajo estudio, privilegian una forma determinada de provisión de cargos como el concurso de ascenso, a la vez que excluyen este mecanismo como idóneo para el ingreso de personal no inscrito en carrera. Por ello la Corte integrará la unidad normativa entre el aparte normativo demandado, el inciso cuarto del mismo numeral 2º del artículo 36 del Decreto 765 de 2005 y la frase final del inciso primero del numeral 1º del mismo artículo, y los declarará inexecutable.

El fundamento de lo anterior es que el contenido de los apartes mencionados, regula el sistema de concursos de tal manera que por un lado, un aspirante no inscrito no encuentra en el concurso de ascenso el mecanismo legal para ingresar a la carrera de la DIAN, y por demás, se da prioridad para la provisión de los cargos, justamente al mecanismo mediante el que éste no puede ingresar. En la práctica esto representa que el concurso de ascenso se convierte en cerrado, pues mediante su implementación, que además es prioritaria, se impide el acceso a los cargos de carrera al personal externo a la DIAN. Para la Corte es claro que con ello se establece una distinción inconstitucional entre la regulación para el ascenso y la regulación para el ingreso a la carrera de la entidad mencionada, en donde resulta más restrictiva la modalidad de ingreso. También, crea desigualdad en las condiciones y se sacrifica el mérito como fundamento sustancial para acceder a la función pública (arts. 13 y 40-7 C.N). Al presentarse como cerrado el concurso de ascenso para el ingreso a la carrera para quienes no están inscritos en la misma, se vulnera de igual manera la prohibición constitucional de proveer cargos de carrera mediante concurso público (art. 125 C.N). Lo cual - se insiste - tampoco encuentra suficiente fundamento en el hecho que el sistema de la DIAN haya sido determinado por el legislador como un sistema específico.

29.- En este orden de ideas, el inciso quinto del numeral 36.2, cuyo contenido regula efectos de los resultados del concurso de ascenso, que como se acaba de señalar contradice principios constitucionales, resulta igualmente inconstitucional pues su eficacia va ligada a la realización del mencionado concurso de ascenso que se excluirá del ordenamiento jurídico. Luego, resultaría inocuo que se mantuvieran vigentes las consecuencias jurídicas de la modalidad del concurso que a partir de esta sentencia no operará más en la DIAN. Por lo anterior, igualmente se declarará inexecutable.

30.- De otro lado, en relación con el último inciso del numeral 36.2, encuentra la Corte que resulta igualmente inconstitucional en tanto es un mandato legal cuyos efectos se derivan de la realización del concurso ascenso, que como se ha explicado es inconstitucional. Además, como quiera que el inciso en mención es objeto de un cargo distinto al estudiado en el presente acápite, de igual manera la Sala lo analizará a la luz del segundo problema jurídico planteado en la demanda.

Por lo expuesto hasta el momento, en la parte resolutive de la presente sentencia la Corte declarará la inexecutable de todo el numeral 36.2 del artículo 36 del decreto 765 de 2005, y de la frase final del inciso primero del numeral 36.1 de artículo 36, de conformidad con lo explicado.

Inexecutable de algunas expresiones del inciso único del artículo 36 del Decreto 765 de 2005 y del inciso segundo del numeral 36.1 del mismo artículo.

31.- En virtud de la inexecutable anunciada del numeral 36.2 del artículo 36 que contiene la regulación del concurso de ascenso, el inciso único del artículo 36 según el cual para proveer cargos de carrera en la DIAN se adelantarán según el caso una de dos modalidades de concursos, carece de sentido en tanto el concurso de ascenso se excluirá del ordenamiento jurídico. Por ello, las expresiones referidas a la existencia de dos clases de concursos deberán se también excluidas del ordenamiento. Pues pese a que no fueron demandadas, están estrechamente relacionadas con la declaratoria de inexecutable del numeral 36.2 del artículo 36. En razón a que si se ha de excluir una de las dos modalidades de concursos, carece de sentido que el párrafo que introduce una y otra las contenga a ambas. De ahí que la Corte proceda a integrar la unidad normativa de las expresiones “*según el caso, algunas de las siguientes clases de*” contenidas en el único inciso del artículo 36 en comento, con el numeral 36.2 del mismo artículo que se declarará inexecutable, y las declare inexecutables igualmente.

32.- Por su lado, el inciso segundo del numeral 36.1 en comento, establece que la modalidad de concurso abierto sólo procederá cuando el concurso de ascenso no proceda, o cuando para la realización del mencionado concurso de ascenso no exista un número suficiente de aspirantes en la entidad para realizarlo. El anterior contenido normativo es para la Corte contrario a los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución. Éste dispone el carácter subsidiario del concurso abierto y por tanto, la subsidiariedad también del mecanismo mediante el que puede ingresar personal nuevo a la DIAN. De ahí, que para la provisión de cargos en esta entidad se *cierra* la posibilidad a las personas externas a ella. Como se ha explicado, el hecho que el artículo 36 bajo estudio, disponga que en los concursos de ascenso pueden participar tanto personal inscrito en carrera de la entidad, como personal no inscrito, no hace que las condiciones de ingreso a los puestos de carrera de la DIAN sean igualitarias e imparciales. Además, la redacción del inciso bajo estudio, consistente en que entre otras, la procedencia del concurso abierto depende de si el número de aspirantes inscritos en carrera de la entidad es o no suficiente, sugiere a esta Sala que en el concurso de ascenso no pueden participar personas externas a la DIAN. Con todo, el orden de prioridad en la realización de los concursos es en todo caso inconstitucional, en la medida en que la regulación de la carrera prescribe una distinción entre el ingreso y el ascenso, siendo más restrictiva la de ingreso. Al igual que de conformidad con lo expuesto hasta el momento, no resultan razonables las justificaciones sobre la constitucionalidad del aparte analizado, según las cuales la prelación de la realización del concurso de ascenso pretende incentivar a los empleados ya inscritos en carrera. Como se dijo, existen otros medios que atienden de mejor manera el mencionado incentivo, y no derivan en la vulneración de derechos fundamentales de otras personas.

La Corte considera entonces que el inciso segundo del numeral 36.1 del artículo 36 Decreto 765 de 2005, es inexecutable en tanto vulnera el principio de igualdad (art. 13 C.N), en detrimento de quienes pretenden acceder a un

cargo de carrera en la DIAN y no están inscritos en ella. Por demás se vulnera el artículo 125 constitucional, cuyo mandato es que para proveer cargos de carrera los concursos deben ser públicos, sin importar si la manera como se va a hacer es ingreso o ascenso.

¿Cómo queda el artículo 36 que regula las clases de concursos después de las inexecutableidades anunciadas?

33.- Ahora bien, como quiera que hasta el momento se han anunciado inexecutableidades de apartes normativos del artículo 36, que es la disposición que regula las diferencias entre los concursos de ascenso y abierto – que a su vez es el punto del decreto en el que la Corte encontró reparos de constitucionalidad -, para mayor claridad de lo analizado hasta el momento, se transcribirá a continuación cómo quedará el mencionado artículo:

Artículo 36. *Concursos.* Para la provisión definitiva de los cargos del Sistema Específico de Carrera será obligatorio adelantar, según el caso, alguna de las siguientes clases de concursos de méritos:

36.1 Concurso abierto. Es aquel en el cual pueden participar todas las personas que cumplan los requisitos del empleo y posean el perfil del rol exigido para el desempeño de este. ~~Dicho concurso constituye el mecanismo de ingreso de nuevos empleados públicos a la carrera específica de la Entidad.~~

~~Esta clase de concurso, únicamente se podrá convocar cuando no proceda el concurso de ascenso, o cuando procediendo, el número de aspirantes dentro de la entidad resulte insuficiente para garantizar una adecuada competición para la selección de los candidatos.~~

De presentarse empate en cualquier puesto de la lista de elegibles se preferirá para efectos de la provisión del empleo a quien preste o haya prestado, satisfactoriamente, sus servicios a la entidad, mediante nombramiento provisional, o en su defecto, en calidad de supernumerario.

~~36.2 Concurso de ascenso. En el cual podrán participar todos los aspirantes de fuera o dentro de la Entidad, que reúnan los requisitos y el perfil del rol para el empleo.~~

~~En esta clase de concurso, a los participantes que estén inscritos en el Sistema Específico de Carrera de la DIAN se les reconocerá su experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales, sin excluir del concurso a personas no inscritas en dicho Sistema.~~

~~En todo caso, los criterios de selección observarán en forma estricta el sistema de mérito y la consiguiente igualdad de oportunidades entre todos los aspirantes.~~

~~Por regla general, todos los cargos de carrera de la planta de personal de la entidad serán provistos obligatoriamente, en primera instancia, a través de esta modalidad, cuando el número de aspirantes resulte suficiente.~~

~~Cuando como resultado del concurso de ascenso, sea favorecido un empleado inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, el nombramiento se hará en período de prueba de ascenso; en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso, y conservará su inscripción en el Sistema Específico de Carrera. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.~~

~~Los concursos de ascenso deberán realizarse con sujeción a la reglamentación del Gobierno Nacional que se expida para tal efecto, dentro de la cual se incluirán los criterios para definir el número de aspirantes mínimo requerido para la procedencia del concurso de ascenso.~~

De este modo, esta Sala encuentra que mediante las declaratorias de inconstitucionalidad que ha fundamentado y anunciado, en el Sistema Específico de Carrera de la DIAN los cargos de carrera deberán proveerse mediante concursos abiertos únicamente. Por lo que, la Corte procederá a fundamentar la inconstitucionalidad del resto de apartes normativos considerados en la demanda como contrarios a la Carta, en tanto éstos forman parte de la estructura de un sistema de concursos cerrado y excluyente frente al personal no escalafonado en la DIAN, como lo es el concurso de ascenso que se declarará inconstitucional. Además de que su mantenimiento en el cuerpo normativo del decreto bajo estudio resultaría inocuo, debido a que regulan efectos propios del mencionado concurso de ascenso.

Inexequibilidad de la expresión “de ascenso” del numeral 21.1 del artículo 21 del Decreto 765 de 2005

34.- Según el numeral 21.1 del artículo 21, se deberá consultar como condición necesaria el sistema de acreditación, entre otras cosas, siempre que un empleado inscrito en la carrera de la DIAN pretenda ascender de cargo, es

decir, pretenda participar en un concurso de ascenso. Sobre esta disposición encuentra la Corte que en atención a que declarará inconstitucional la modalidad denominada concurso de ascenso regulada en el numeral 36.2 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005, entonces, carece de sentido que se establezca como condición necesaria para la movilidad de los empleados de carrera mediante el concurso que justamente se excluirá del ordenamiento, consultar el registro del sistema de acreditación. En tanto no habrán concursos de ascenso - a partir de la presente sentencia -, no hay razón para que la consulta del registro en el que se acredita la mencionada evaluación, sea un requisito indispensable para participar en dicho concurso. Por ello se declarará la inconstitucionalidad la expresión “*de ascenso*” del numeral 21.1 del artículo 21 del Decreto 765 de 2005. Frente a lo cual queda vigente el requisito de consultar el registro en comento, pero para la movilidad en los cargos de carrera de la DIAN mediante el concurso que no se declarará inexecutable.

Concurso de ascenso y clases de nombramientos en la DIAN. Inexecutable del numeral 26.4 del artículo 26 del Decreto 765 de 2005 e integración normativa con el numeral 26.2 y con el inciso segundo del numeral 34.7 del artículo 34.

35.- Frente al numeral 4º del artículo 26 del decreto de la referencia el Procurador también solicita que integre la unidad normativa con el inciso segundo del numeral 34.7 del artículo 34 y la Sala encuentra que de igual manera se debe integrar normativamente con numeral 26.2 del artículo 26. Así, el numeral 4º del artículo 26 establece el llamado nombramiento en periodo de prueba de ascenso para cargos de carrera de la DIAN, “*cuando recae en una persona que al momento del nombramiento se encuentra inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel.*” El inciso segundo del numeral 34.7 del artículo 34 establece que “*la persona seleccionada por concurso abierto o de ascenso, será nombrada en período de prueba o período de prueba en ascenso, según se encuentre o no inscrita en el Sistema Específico de Carrera al momento del nombramiento.*” Y, el numeral 26.2 del artículo 26 establece la modalidad de nombramiento en periodo de prueba, “*mediante el cual se proveen los empleos del Sistema Específico de Carrera con una persona seleccionada por concurso abierto que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de Carrera*” de la DIAN. La Sala considera que es necesario integrar la unidad normativa de los anteriores preceptos, por cuanto al impugnarse la modalidad de nombramiento en periodo de prueba de ascenso, se deben cuestionar igualmente aquellas disposiciones que describen sus efectos, a la luz de la declaratoria de inexecutable que la Corte hará del concurso de ascenso, el cual es el origen de mencionado nombramiento.

Respecto del reparo de constitucionalidad a este tipo de nombramiento,

encuentra la Sala que en efecto, como lo expresa el Ministerio Público, la inconstitucionalidad del mismo surge de la regulación del concurso de ascenso en el sistema de carrera de la DIAN. Si el concurso de ascenso privilegia injustificadamente, para la provisión de cargos de carrera, a los empleados inscritos de carrera en detrimento de los no inscritos y además dispone una distinción inconstitucional entre las condiciones que impone para el ascenso y las que exige para el ingreso, entonces la existencia de este tipo de nombramiento y sus efectos, que son consecuencia directa de la realización de un concurso tal, resultan de la misma manera contrarios a la Constitución. Es evidente, que el mencionado nombramiento al ser reservado para los empleados de carrera (num 4º art. 26 y num 7 art 34 D.765/05) y al cobrar efectos a partir del concurso de ascenso (inc. quinto num. 2º art 36 D.765/05) que se declarará inexecutable, se constituye en otro elemento de exclusión para quienes no son empleados de la DIAN y pretenden acceder a la carrera de dicha entidad. Al igual que una persona que no esté inscrita en carrera, no puede acceder a ésta mediante el concurso de ascenso, según el diseño que se establece en el decreto bajo estudio y tal como se explica más arriba, tampoco podrá ser nombrada en periodo de prueba de ascenso. Lo cual de plano no sería inconstitucional, si no fuera porque el concurso de ascenso – del cual se deriva este nombramiento – no es el mecanismo idóneo para el ingreso a la carrera de la DIAN de personal externo a esta entidad, es decir los excluye; y además será declarado inexecutable. Por lo anterior la norma que regula el nombramiento en periodo de prueba, constituida por los apartes normativos referidos serán declarados inconstitucionales.

De otro lado, respecto del numeral 26.2 del artículo 26, que reserva el nombramiento en periodo de prueba a quienes hayan participado en el concurso abierto, en complemento del nombramiento impugnado que sólo procede para quienes hayan participado en el concurso de ascenso que se declarará inexecutable, resulta inocua la distinción. Pues, al declararse la inexecutable del nombramiento en periodo de prueba de ascenso, no hay razón para reservar el nombramiento en periodo de prueba, para quienes participen en el concurso abierto y no en el de ascenso. Además porque, como se ha dicho varias veces, a partir de la presente sentencia no estará vigente sino una modalidad de concurso, que es el concurso abierto. Por ello el numeral 26.2 del artículo 26 será declarado inexecutable en los apartes que se refieren a que el nombramiento en periodo de prueba recae sobre quienes no están inscritos en la carrera de la DIAN.

Como quiera que la mencionada inconstitucionalidad, en el caso del numeral 34.7 del artículo 34 y del numeral 26.2 del artículo 26, puede ser corregida únicamente excluyendo las expresiones que se refieren a que los nombramientos en periodo de prueba recaen sobre empleados inscritos o no-inscritos en la carrera de la DIAN, sin que se haga necesario excluir los apartes normativos completos que contienen las referidas expresiones, se transcribirán los artículos tal como quedarán luego de las inexecutableidades explicadas:

Artículo 26. Clases de nombramiento. La provisión de los empleos se sujetará a las siguientes clases de nombramiento:

(...)

26.2 Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos del Sistema Específico de Carrera con una persona seleccionada por concurso abierto ~~que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN,~~ y por un término de seis (6) meses a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo, la cual tendrá la duración que en cada caso establezcan los términos de la convocatoria.

(...)

~~26.4 Nombramiento en período de prueba de ascenso: Es aquel que se efectúa, previa realización de concurso de ascenso, cuando recae en una persona que al momento del nombramiento se encuentra inscrito en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel, en los términos previstos en el presente decreto y sus reglamentos. Su duración no podrá exceder de seis (6) meses.~~

Artículo 34. Etapas del proceso de selección. El proceso de selección del Sistema Específico de Carrera comprenderá las siguientes etapas:

(...)

34.7 Período de prueba. Es el tiempo durante el cual se verifican, mediante la evaluación su actividad laboral, las competencias e idoneidad de una persona para el desempeño del empleo.

La persona seleccionada por concurso abierto o de ascenso, será nombrada en período de prueba o período de prueba en ascenso, ~~según se encuentre o no inscrita en el Sistema Específico de Carrera al momento del nombramiento.~~

“Orden de prioridad para la provisión de cargos”. Inexequibilidad del numeral 27.4 del artículo 27 del Decreto 765 de 2005.

36.- En relación con el numeral 27.4 del artículo 27 que estipula que en el orden de prioridad para proveer los cargos de carrera en la DIAN, se deberá optar primero por la lista de elegibles del concurso de ascenso, y luego por la lista de elegibles del concurso abierto, encuentra la Sala que dicho orden de prioridad resulta pues contrario a la Constitución, por las mismas razones que sustentan la inconstitucionalidad de los demás apartes normativos que se

declararán inexecutable. Como se ha explicado, en tanto las disposiciones normativas que regulan el concurso de ascenso son inconstitucionales por vulnerar el principio de igualdad, la regulación igualitaria del acceso a la carrera y el derecho a acceder a la función pública, de quienes no están inscritos en la carrera de la DIAN; es igualmente contrario al orden constitucional cualquier privilegio injustificado en favor de quienes forman partes de la lista de elegibles del concurso de ascenso, ya que la normalización del referido concurso pretende beneficiar a los empleados inscritos en carrera. El orden de prioridad establecido en el decreto referido, se constituye en otro factor que dispone una regulación distinta entre el ingreso y el ascenso en la sistema de carrera de la entidad mencionada, la cual resulta inconstitucional en la medida en que la distinción sugiere la restricción de una de las modalidades de ingreso en detrimento de la otra. De otro lado, como quiera que tanto las condiciones en que se realiza el concurso abierto, así como también las condiciones en que se participa en él, no configurarán a partir de la presente sentencia vulneraciones al principio de igualdad, no encuentra la Sala asidero en el hecho de mantener una regulación que prescribe un privilegio en favor de quienes ocupen el primer puesto en uno de los concursos, cuando sólo quedará vigente una modalidad de concurso. Por ello se declarará inexecutable el numeral 27.4 del artículo 27 del Decreto 765 de 2005.

Exequibilidad de la “formula de desempate” del inciso tercero del numeral 36.1 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.

37.- Como se ha reiterado a lo largo de la presente sentencia, las inexecutableidades que se declararán en la parte resolutive de la misma, obedecen a que la regulación del sistema de concursos del Sistema Específico de Carrera de la DIAN, excluye de la posibilidad de ingreso en igualdad de condiciones a dicha carrera, a las personas que no estén inscritas en la misma. En el mismo sentido, el efecto de esta sentencia equipará las circunstancias en que los aspirantes no inscritos en carrera de la DIAN, participan en el concurso de ascenso. En suma, de la exclusión de los apartes normativos hasta el momento analizados se deriva el establecimiento de condiciones iguales para acceder a los cargos de carrera de la entidad en comento. Bajo este supuesto, se analizará la constitucionalidad del criterio contenido en el inciso cuarto del numeral 36.1 del artículo 36, según el cual en caso de empate en cualquier puesto de la lista de elegibles se elegirá para la provisión del cargo al concursante inscrito en carrera.

38.- La Corte ha analizado distintos factores en su jurisprudencia sobre el principio constitucional que garantiza el acceso a los cargos de carrera administrativa y a la función pública en igualdad de condiciones para todos los aspirantes. Dentro de éstos se ha resaltado aquel según el cual la medida consistente en impedir la participación de personas de fuera de la entidad, o permitirle en condiciones desiguales, con fundamento en hacer posible el ascenso como forma de estímulo por el mérito mostrado, no es una medida

adecuada para el mencionado estímulo. No obstante, esta Corporación ha complementado lo anterior diciendo que existen otras medidas para garantizar la promoción en la carrera como incentivo y reconocimiento al buen desempeño. A esto subyace la aceptación de que son necesarias las medidas en comento y “...son sin duda legítim[as] e importantes.”⁴⁴ En efecto, cuando la Corte revisó la constitucionalidad de la regulación de los concursos de ascenso en la Procuraduría General de la Nación⁴⁵, mediante la ya referenciada sentencia C-266 de 2002, afirmó que existían “...otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros...”, para asegurar el reconocimiento del cumplimiento, eficacia y experiencia en los cargos desempeñados en la entidad que realiza el concurso. Pero, no declaró la imposibilidad o la improcedencia de buscar dichos reconocimientos.

Sobre la base del establecimiento de la igualdad de condiciones tanto para acceder a la carrera administrativa, como para participar en los concursos implementados para dicho fin, la Corte aseveró que “...nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades.”⁴⁶ [Énfasis fuera de texto]

39.- Lo anterior significa que el marco constitucional en que se deben regular los concursos para acceder a los puestos de carrera, bien sea para ingresar o para ascender en ella, procura la igualdad de condiciones tanto para inscribirse en el concurso como para ser evaluado dentro del mismo. El resultado del concurso debe ser pues, producto de una regulación igualitaria en la que sólo se ha pretendido determinar el mérito de los participantes. De ahí, que las medidas que el legislador tome para desatar una situación de empate, bien pueden dirigirse a reconocer factores que aplican únicamente para algunos de los aspirantes con el mismo puntaje. Sobretudo, porque hasta dicho punto han llegado a partir de evaluaciones objetivas y en condiciones iguales.

El hecho que la medida sea posterior a la realización y conclusión del concurso, es decir cuando éste ya ha arrojado un resultado, no implica un trato distinto injustificado. Pues, la oportunidad de participar y ser evaluado en igualdad de condiciones en el concurso, se ha surtido satisfactoriamente sobre la base de salvaguardar los principios constitucionales de igualdad en el acceso a la función pública (arts. 13 y 40.7 C.N) y de publicidad de los mecanismos de ingreso a la carrera administrativa (art 125 C.N). Pero, al cabo

⁴⁴ C-266 de 2002 (FJ # 4.2.1.2.1)

⁴⁵ Numeral 2º del artículo 192 del Decreto 262 de 2000.

⁴⁶ C-266 de 2002 (FJ # 4.2.1.2.1)

de ello no existe aún la persona que ocupará el cargo, sino varios postulantes que están empatados. Por lo que se justifica acudir - después de ello se insiste - a criterios de desempate que busquen la satisfacción de otros principios constitucionales. Como por ejemplo, el reconocimiento del buen desempeño laboral, la búsqueda de continuidad en el ejercicio de la función pública, la garantía de estabilidad laboral, entre otros. De este modo, la “formula de desempate” bajo estudio, como quiera que su aplicación se dispone sólo después de realizado el concurso, el cual a su vez se desarrolla en igualdad de condiciones – a partir de las inexequibilidades de la presente sentencia - no resulta un trato discriminatorio, pues se justifica porque el procedimiento previo que culminó con el empate obliga a considerar *otros* criterios de selección de la persona que ocupará el cargo.

De hecho, cuando la Corte se refirió a que la posibilidad de utilizar estas medidas como estímulo a quienes vienen prestando sus servicios a la entidad que realiza el concurso, eran viables mientras no representaran ventajas que en la práctica se tornaran en barreras de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad o en privilegios contrarios al sistema de mérito en la provisión de cargos, apuntó precisamente a situaciones como la que se analiza. Esto es, a la verificación de que las mencionadas medidas se dieran dentro de un contexto de igualdad en el desarrollo del concurso. De ahí que esta Sala considere ajustada a la Constitución la “formula de desempate” bajo estudio, en razón a que su aplicación se ha dispuesto después de realizado el concurso en las condiciones de esta sentencia, y por ello declarará exequible el inciso cuarto del numeral 36.1 del artículo 36.

40.- De hecho, la Corte encuentra que para establecer una formula de desempate el legislador puede utilizar diversos criterios. Dentro de éstos, no sólo se cuenta el estipulado en el Decreto 765 bajo estudio, sino en general aquellos cuyo fin es favorecer a sujetos de especial protección. Por ejemplo, a madres o padres cabeza de familia, discapacitados, indígenas y demás sujetos constitucionalmente protegidos de manera reforzada. Incluso, en el caso de los sistemas específicos de carrera, estos criterios pueden además dar cuenta de la naturaleza y funciones particulares de la entidad a la que se aplica el mencionado.

Segundo cargo y segundo problema jurídico: Vulneración de reserva de ley y extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias por consecuencia.

41.- La demandante plantea igualmente que en el Decreto 765 de 2005, se estipula de un lado, que la regulación de los efectos del Sistema de Acreditación, en el cual se identifican las capacidades y competencias laborales de los empleados para la respectiva evaluación en orden a permitir la movilidad en los cargos de carrera de la DIAN, dependerá de la disposición que haga el Gobierno mediante reglamentos posteriores de la *normalización* laboral e institucional para implementar el mencionado Sistema de

Acreditación. Y de otro, se contempla que la realización de los concursos de ascenso será regulada igualmente por reglamentos posteriores dictados por el Gobierno. Sobre esto se dice en la demanda que como quiera que la reglamentación en comento, que deberá disponer el Ejecutivo se hará después de los seis meses para los cuales fue autorizado el gobierno para legislar lo referente a la carrera de la DIAN, entonces el Gobierno se está *autofacultando* para seguir regulando el tema después del término que el legislador le fijó para ello. Esto configura en su parecer una extralimitación en el uso de dichas facultades y en consecuencia una vulneración al artículo 150.10 de la Carta.

42.- Los intervinientes coinciden en afirmar que la remisión a reglamentos posteriores del Ejecutivo, para la regulación de las cuestiones descritas respecto del Sistema Específico de Carrera de la DIAN, está ajustada al orden constitucional en virtud de la potestad reglamentaria que le asiste al Presidente. Opinan que, como el Gobierno emitió el decreto extraordinario dentro del término dispuesto por el legislador, la reglamentación posterior no tiene nada que ver con las facultades otorgadas por el Congreso. Por lo anterior solicitan la exequibilidad de las normas contra las que se dirige este cargo.

El Procurador en cambio, explica que en virtud del principio *pro actione*, el segundo cargo se debe entender en el sentido de cuestionar el hecho que aspectos sustanciales de la regulación de la carrera en la DIAN no pueden ser regulados por el reglamento sino por la ley. Las remisiones al reglamento posterior – continúa el Procurador – hacen referencia a la regulación de las condiciones, tanto para establecer los méritos de los empleados con el fin de determinar el acceso a la carrera, como para la realización de los concursos de ascenso. Y en esta medida son situaciones sustanciales que corresponden a la competencia del legislador y no del Gobierno mediante su potestad reglamentaria. En consecuencia el Ministerio Público solicita la inexecutable de los apartes normativos contra los que se dirige el segundo cargo.

43.- De conformidad con el segundo cargo propuesto en la demanda, la Sala debe establecer en primer término si las afirmaciones contenidas en la demanda permiten una interpretación *pro actione* del cargo consistente en la presunta extralimitación por parte del Gobierno en el uso de las facultades otorgadas por el Congreso, en el sentido en que lo propone el Procurador General. Esto es, que la demandante lo que plantea en últimas es que la remisión al reglamento en las normas demandadas vulnera la reserva de ley que existe sobre los asuntos remitidos, pues éstos resultan ser asuntos sustanciales de la reglamentación de la carrera. En el evento en que la Corte encuentre razonable la anterior propuesta del Ministerio Público, deberá entonces determinar si en efecto existe la mencionada reserva y si es incumplida por el Ejecutivo.

Principio *pro actione* y determinación del segundo cargo.

44.- La demandante manifiesta que el hecho de que el parágrafo transitorio de artículo 21 y el último inciso del artículo 36, hagan remisiones a que asuntos sobre el Sistema Específico de Carrera de la DIAN se implementen a partir de decretos reglamentarios del Ejecutivo, resulta ser una extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias que el Congreso le otorgó al Gobierno para regular el mencionado sistema de carrera. Esto por cuanto en marzo de 2005 vencieron los seis meses dentro de los cuales el Gobierno estaba autorizado para emitir la regulación en comento⁴⁷ y los decretos que en adelante emita el Gobierno sobre el tema, se harán por fuera de dicho término. El Procurador propone que a la luz del principio *pro actione*, lo anterior sea interpretado en el sentido que la extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias planteada por la demandante, tiene como presupuesto la premisa según la cual la regulación del sistema de carrera de la DIAN se debe hacer dentro de los seis meses de vigencia de dichas facultades, porque la materia en cuestión debe ser regulada por normas con rango de ley y no por reglamentos. La Corte halla razón en la anterior interpretación del Ministerio Público por cuanto la afirmación consistente en que el Gobierno no puede regular el tema en cuestión después de vencido el término que lo faculta para dictar normas con fuerza de ley, sólo cobra sentido si se asume que la materia en comento debe regularse justamente, mediante normas con fuerza de ley. Esto es, que existe una reserva de ley sobre la regulación de la carrera administrativa.

Sobre la posibilidad de interpretar los cargos de la demanda pública de inconstitucionalidad y los requisitos de la carga argumental de la misma, ha dicho la Corte Constitucional que, “[e]n todo caso, la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio *pro actione* de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo⁴⁸. De manera más específica, esto quiere decir que “las normas procesales han de interpretarse siempre <como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio pro actione).>”⁴⁹

⁴⁷ El artículo 53 de la Ley 909 de 2004, estableció que se revestía al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley que regularan, entre otros el sistema específico de carrera de los empleados de la DIAN, por (6) seis meses contados a partir de la promulgación de la misma Ley 909 de 2005. Según el Diario Oficial N° 45.680 del 23 de septiembre de 2004, la Ley 909 de 2004 se promulgó el día 23 de septiembre de 2004. Por lo tanto las facultades extraordinarias en mención vencieron el 23 de marzo de 2005.

⁴⁸ C-666 de 2005. Sobre el mismo tema se pueden consultar entre otras las sentencias C-451/05, C-383/05, C-113/05, C-798/04, C-569/04 y C-251/05.

⁴⁹ [Énfasis fuera de texto] Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 1996, citada en la C-731 de 2005

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la regulación de la carrera administrativa en Colombia tiene reserva de ley, la Sala acogerá la propuesta del Procurador y resolverá de fondo el cargo referente a la supuesta vulneración de dicha reserva. Además de que resulta igualmente relevante analizar el hecho que la remisión a los reglamentos venga dada en normas con fuerza de ley, expedidas en virtud de facultades extraordinarias otorgadas para ello. Lo anterior pone de presente que el cargo bajo estudio, las remisiones impugnadas relacionan los fenómenos de reserva de ley, facultades extraordinarias y potestad reglamentaria.

Reserva de ley, facultades extraordinarias [delegación legislativa] y límites de la potestad reglamentaria en materias reservadas a la ley.

45.- La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. Así, la determinación de dicha reserva en nuestro ordenamiento se ha contemplado en el texto constitucional, de manera general para los derechos fundamentales en el artículo 152 Superior. Incluso si los artículos en concreto de la parte sustancial de la Constitución no lo expresan explícitamente. De otro lado, también la reserva de ley se contempla para asuntos distintos a la regulación de los derechos fundamentales, en los casos en que las normas constitucionales así lo disponen de manera textual. El efecto de lo anterior es la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal⁵⁰, de lo contrario vulnerarían la Constitución.

46.- Un segundo fenómeno que percibe la Sala en el presente caso, es el de la delegación que el Congreso hace respecto de la regulación del sistema de carrera en la DIAN, en cabeza del Presidente. La posibilidad de que el legislativo (mediante una ley de facultades extraordinarias) delegue la expedición de normas con rango de ley, se ha establecido en nuestro orden constitucional en el artículo 150.10 de la Carta. Y las limitaciones a dicha facultad, al tenor del constituyente de 1991, se circunscriben a la expedición de códigos y creación de impuestos, y a la expedición de leyes estatutarias, orgánicas y marco o de objetivos y criterios. Esto es, que mediante las leyes de facultades extraordinarias se pueden delegar todos los temas, excepto los que prohíbe expresamente el inciso tercero del numeral 10º del artículo 150 de la Constitución.

⁵⁰ Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.

47.- Y un tercer fenómeno que debe analizarse es el de la *deslegalización*, entendida como posibilidad del legislador (ordinario o extraordinario) de remitir al reglamento la normación de un determinado asunto que no aparece regulado de manera sustancial en el texto legal. En la deslegalización la ley, el decreto ley o el decreto legislativo faculta al Presidente para que mediante un acto administrativo, reglamente un determinado tema o asunto. Sobre cuáles aspectos es posible la deslegalización y sobre cuáles no, lo ha respondido la Corte diciendo que dicha potestad “...se ve restringida <en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos> [C-028/97], pues el legislador puede llegar a ser muy minucioso en su regulación y, por consiguiente, la tarea de la autoridad encargada de reglamentar la ley se minimiza. O puede suceder lo contrario: que aquél decida no ser tan prolijo en la reglamentación, dejando al Ejecutivo el detalle.”⁵¹ El límite constitucional de las leyes en donde se hace uso de la técnica de la deslegalización es esencialmente la figura de las reservas de ley. Tanto la reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, como las específicas expresadas a lo largo del texto constitucional y donde se ubica precisamente, el artículo 125.

En este orden de ideas, si bien el efecto de la reserva de ley es que la regulación de las materias reservadas deben estar contenidas en normas con rango de ley, no lo es menos que para la ejecución de las mismas, en la mayoría de las ocasiones se debe desarrollar un reglamento que haga posible dicha aplicación⁵². Esto lo determina nuestro orden constitucional en el artículo 189.11 Superior, mediante la potestad reglamentaria atribuida al Ejecutivo. Pero, la Corte ha recalado que la potestad reglamentaria “...no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un reglamento rebosa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado inconstitucional por la autoridad competente (El Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 237-2 de la Constitución)”.⁵³ En consecuencia, asuntos sustanciales de la materia objeto de reserva escapan al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios, a contrario sensu cuando la Constitución exige que ciertas materias deben ser reguladas por la ley, el legislador no puede establecer, que el Presidente despliegue su

⁵¹ C-302 de 1999

⁵² “Como reiteradamente se ha afirmado, la potestad reglamentaria es una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley. (...) La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. No se olvide que cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento.” C-302 de 1999.

⁵³ [Énfasis fuera del texto] C-028 de 1997, reiterada en la C-302 de 1999.

potestad reglamentaria sobre la materia reservada, ni el mismo Presidente puede rebasar en sus reglamentaciones el ámbito sustancial de la materia reservada.

48.- Según lo anterior, la reserva de ley, la delegación legislativa y la deslegalización son tres figuras diferentes. De ello concluye la Corte lo siguiente:

- (i) La expresión *reserva de ley* tiene varios significados o acepciones, en primer lugar se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales. En segundo lugar la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de *principio de legalidad*, o de *cláusula general de competencia del Congreso*, la reserva de ley es equivalente a indicar que en principio, todos los temas pueden ser regulados por el Congreso mediante ley, que la actividad de la administración (a través de su potestad reglamentaria) debe estar fundada en la Constitución (cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa) o en la ley (principio de legalidad en sentido positivo). Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley.

En este último sentido todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución. En el presente caso la carrera administrativa es una materia cobijada por una reserva de ley en los términos del artículo 125 y además es un desarrollo directo del derecho constitucional fundamental previsto en el artículo 40.7 de la Constitución.

- (ii) La figura de las facultades extraordinarias o *delegación legislativa* esta prevista principalmente en el artículo 150.10 de nuestra Constitución. Mediante ésta el Congreso de la República puede expedir una ley de delegación – es decir “de facultades extraordinarias” - en la que entrega

ciertas materias al Presidente para que las desarrolle mediante normas con fuerza de ley, las cuales reciben el *nomen iuris* específico de *decretos leyes*. Las leyes de facultades extraordinarias pueden versar sobre todo tipo de contenido, excepto los expresamente vedados por la Constitución en el artículo 150.10 y en este sentido las materias que son objeto de reserva de ley no son la excepción. Las reservas de ley deben estar contenidas en normas con rango de ley, y el decreto ley satisface dicha exigencia.

El decreto- ley 765 de 2005 contiene el desarrollo de una materia delegada por el Congreso, como tal debe ceñirse a lo dispuesto en la ley de facultades extraordinarias (numeral 5 del artículo 53 de la ley 909 de 2004) en los términos previstos por la Constitución. En este orden de ideas el decreto ley será constitucional si respeta la Constitución y en particular las normas sobre requisitos de delegación. Y, uno de los requisitos implícitos de toda delegación legislativa que verse sobre materias objeto de reserva de ley, consiste en la prohibición al Ejecutivo de deslegalizarla.

Inexequibilidad del párrafo transitorio del artículo 21.

49.- De conformidad con lo explicado, encuentra la Sala que en efecto el artículo 125 de la Constitución establece que “corresponde a la ley” fijar las condiciones y requisitos que se deben cumplir para el ingreso y ascenso en los cargos de carrera. Es decir establece de manera explícita una reserva de ley sobre dicha materia. Sobre el particular ha dicho la Corte: “[e]n términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de regular la carrera administrativa, como mecanismo de acceso a las entidades y órganos del Estado, teniendo como único parámetro, garantizar los principios y valores que inspiran la Carta fundamental, entre ellos el derecho a la igualdad.”⁵⁴ De ahí que frente al alcance de los reglamentos en el desarrollo de esta materia haya afirmado esta Sala que: “[n]os encontramos ante un mandato constitucional que fija competencias, cuyos alcances no pueden ser desvirtuados por el legislador para ampliar el ámbito de las mismas, autorizando al Ejecutivo o a otros órganos para hacer aquello que, según la Carta, únicamente el Constituyente o el propio legislador pueden hacer.”⁵⁵

⁵⁴ C-837 de 2003. En esta sentencia se declaró la inexequibilidad del el párrafo 1 del artículo 15 de la Ley 443 de 1998, el cual establecía que para participar en los concursos de ascenso se debía cumplir con los requisitos del empleo y con las demás condiciones que se establecieran en los reglamentos. La *ratio decidendi* de esta sentencia se acogió a la de la C-372 de 1999 (Vid. nota al pie # 50 de esta sentencia)

⁵⁵ C-372 de 1999. En esta sentencia se declaró inexequible la posibilidad de que las causales de retiro de la carrera se estipularan en el reglamento (Lit, k) art 37 Ley 443 de 1998), se argumentó para ello lo siguiente: “Así, por ejemplo, mediante Sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte declaró inexequible el párrafo del artículo 33 de la Ley 182 de 1995, que permitía a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión modificar los porcentajes mínimos de programación nacional fijados por el legislador. El fundamento de la inconstitucionalidad, que resulta válido también en este proceso, se consignó así: <...la función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley. Entonces, si el Congreso se desprende

De otro lado, los enunciados normativos bajo estudio disponen que algunos aspectos de dicha materia sean regulados por el Presidente mediante decretos reglamentarios, es decir, el Decreto 765 de 2005 dispone la deslegalización de algunos asuntos referentes a la carrera administrativa de la DIAN. Lo cual, según lo expuesto estaría acorde con el orden constitucional, según si los asuntos objeto de la deslegalización mencionada, representan o no aspectos sustanciales de la materia regulada en el decreto en comento. En este orden, para la Corte la deslegalización prescrita por las disposiciones estudiadas es contraria a la Constitución en la medida en que remite para que se regule mediante reglamentos, aspectos sustanciales de la carrera administrativa en la DIAN. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones.

50.- El párrafo transitorio del artículo 21 establece que la acreditación de las competencias laborales para que los empleados de la DIAN puedan acceder a comisiones, traslados y encargos, empezará a surtir efectos a partir del momento en que el Gobierno reglamente lo relativo a dichas competencias laborales y a los arreglos institucionales requeridos para la implementación del sistema de acreditación. Sobre el particular considera este Tribunal Constitucional, que el Sistema de Acreditación determina para los empleados de la DIAN la garantía de que situaciones específicas tales como las comisiones, traslados y encargos, así como también situaciones generales como la evaluación de su desempeño, la identificación y habilitación de sus competencias, serán manejadas mediante un registro cuya fuente es información que describe el mérito del empleado. La implementación de dicho registro, tanto para establecer el alcance de los estándares y procedimientos que definirán cuáles y cómo se identifican y evalúan las competencias laborales, como para determinar quiénes y de qué manera se hará esto, que es justamente lo que dispondrá el reglamento, son cuestiones sustanciales al papel que el decreto en comento le asignó no sólo al sistema de acreditación, sino al sistema mismo de carrera basado en el mérito y la transparencia. Cuestiones éstas que según el artículo 125 de la Carta corresponderá fijar a la ley y no al reglamento.

Contrario a lo que esgrimen algunos intervinientes, lo anterior no resulta un tema meramente operacional o accidental, cuyo sentido sea lograr la aplicación efectiva del Decreto 765 de 2005. Pues previo a determinar cómo ha de aplicarse lo relativo al sistema de acreditación, el Decreto en comento debió sentar al menos las bases generales de: qué se entiende, cómo se

de la función que le es propia y la traspasa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía>. El artículo 37 acusado, al admitir que los reglamentos puedan determinar las causas de retiro del servicio de los empleados de carrera, viola flagrantemente el postulado que se acaba de exponer y desconoce sin duda el artículo 125 de la Constitución, pues amplía una atribución que el Constituyente limitó de manera específica a la propia Carta y a la ley. Además, implica una desprotección a la estabilidad de los trabajadores, quienes encuentran en la reserva de ley eficaz garantía de su estabilidad, toda vez que en la Constitución se unifica en cabeza del legislador la competencia para señalar los motivos que pueden llevar a su salida del servicio, sin que sea posible que de manera fácil la propia administración los amplíe. En tal virtud, se declarará la inexequibilidad de las expresiones "y los reglamentos", pertenecientes al literal k) del citado artículo."

registran y quiénes disponen el funcionamiento de las competencias laborales de los empleados. Sin esta regulación no es posible siquiera hacer operativo el mencionado sistema de acreditación. Y tampoco, se puede considerar que lo anterior es subsanado por los artículos del Capítulo VIII del Decreto 765 en cuestión, pues dichos artículos regulan la evaluación del desempeño en el aspecto específico de la permanencia en la carrera, es decir en atención a justificar el retiro de la carrera cuando se incumplan las mencionadas disposiciones. Por ello la Corte considera que la remisión al reglamento o deslegalización dispuesta en esta materia por el legislador extraordinario vulnera la reserva de ley constitucional de regulación de la carrera administrativa (art 125 C.N) y constituye una extralimitación por parte del Ejecutivo en el uso de las facultades extraordinarias (art. 150.10 C.N), por lo que declarará inexecutable el parágrafo transitorio del artículo 21 del Decreto 765 de 2005.

Inexecutable del inciso final del numeral 36.2 del artículo 36. Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para “administrar” la carrera administrativa.

51.- Respecto del último inciso del numeral 2º del artículo 36, el cual establece que los concursos de ascenso en la DIAN se realizarán de conformidad con el reglamento que el Presidente disponga para ello, encuentra esta Corporación que el mencionado inciso no dispone una extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias por parte del Ejecutivo, originada en la deslegalización de un aspecto sustancial de la carrera. Pues, si el sentido de los reglamentos consiste en regular aspectos accidentales y no sustanciales de la materia objeto de reserva de ley, se asume que los aspectos de la realización de los concursos que se sujetarán a los reglamentos expedidos por el Presidente, son aquellos aspectos justamente accidentales y operativos y no los sustanciales. En cambio, encuentra la Sala que el enunciado normativo en comento dispone una extralimitación consistente en que la facultad de administrar asuntos referidos a la carrera administrativa, no está en cabeza del Presidente.

En este orden, se ha regulado el sistema específico de carrera de la DIAN en el decreto bajo estudio (art. 8 D.765/05)⁵⁶ y los demás sistemas específicos en la Ley 909 de 2004 (art. 4º)⁵⁷, en el sentido de otorgar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la potestad únicamente de *vigilancia* de dichos sistemas

⁵⁶ **DECRETO 765 de 2005** “ Artículo 8º. *Vigilancia del Sistema Específico de Carrera por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. De acuerdo con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política y en el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, la vigilancia del Sistema Específico de Carrera en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, será ejercida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.(...)*” [Énfasis fuera de texto]

⁵⁷ **LEY 909 DE 2004.** “ARTÍCULO 4o. **SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.** 1. *Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública. (...).*

3. *La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. (...)*” [Énfasis fuera de texto]

específicos, y no de *administración y vigilancia* de todo lo relativo a las carreras de los servidores públicos excepto las carreras de carácter especial, tal como lo establece el artículo 130 superior⁵⁸. Por ello, la remisión al reglamento de la disposición bajo estudio se sustrae a lo ordenado por la Constitución (art. 130), en tanto quien debe administrar cuestiones relativas a las carreras de los servidores públicos – dentro de las cuales se encuentran asuntos referidos a la implementación de los concursos – es la Comisión Nacional del Servicio Civil (art 130 C.N), y no el Ejecutivo. Así, el número de aspirantes y cualquier otra circunstancia que enmarque la realización de los concursos, está directamente ligada con las condiciones de la realización de los mismos, luego con su administración. Y, en dicho sentido el Presidente carece de competencia para reglamentar asuntos relativos a la mencionada administración de la carrera, por lo que se configura una extralimitación en la remisión que el aparte normativo analizado hace a los reglamentos.

Con todo, lo anterior no excluye de ninguna manera la potestad reglamentaria que de manera general otorga la Constitución al Gobierno (art. 189.11 C.N). En aspectos operativos y accidentales distintos a la administración y vigilancia de la carrera administrativa – los cuales corresponde reglamentar exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil – la potestad reglamentaria del Presidente, tiene el despliegue del mandato constitucional del artículo 189.11 Superior.

52.- Ha dicho la Corte sobre la naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil:

"La Comisión del Servicio Civil es, entonces, una sola y, a juicio de la Corte, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades.

*"Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden."*⁵⁹ [Énfasis fuera de texto]

⁵⁸ CONSTITUCIÓN DE 1991. "ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial." [Énfasis fuera de texto]

⁵⁹ C-372 de 1999

Sobre sus funciones se señaló que “...respecto de la competencia administrativa y de vigilancia de la Comisión sobre la carrera general de los servidores del Estado (art. 125 de la C.P), las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no reviste la menor duda.”⁶⁰ También, reiterando lo anterior se afirmó en la C-734 de 2003 que: “[e]l artículo 130 de la Carta Política señala que la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción de las que tienen carácter especial corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto la Corte ha precisado que las carreras especiales a las que alude la norma, pueden tener origen constitucional⁶¹ o legal, y que corresponde a la ley, bien directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, establecer su régimen en plena concordancia con los principios constitucionales⁶², así como los órganos encargados de la administración y vigilancia de las mismas.⁶³”⁶⁴ Por lo anterior, la Corte encuentra vulnerado el mandato constitucional que vincula a la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración de las carreras de los servidores públicos (art. 130 C.N), por ende declarará inexecutable el último inciso del numeral 2º del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.

VII. DECISION

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

RESUELVE

⁶⁰ C-746 de 1999. También se puede ver la C-370 de 1999, entre otras.

⁶¹ [Cita del aparte transcrito] *En ese orden de ideas la Corte ha precisado cuáles son las carreras especiales señaladas por la Constitución, a saber, la de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); la Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1º); la Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10º), y la Procuraduría General de la Nación (artículo 279), así como la carrera de la universidades del Estado (artículo 69). Ver la Sentencia C-746/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*

⁶² [Cita del aparte transcrito] *La Corporación ha advertido en efecto que los regímenes especiales de origen legal se encontrarán acordes con la Constitución solamente “en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”. La Corte ha advertido además que el establecimiento por parte del legislador de regímenes especiales de carrera debe responder a un principio de razón suficiente, que respalde y justifique la decisión de sacar de la órbita del sistema general de carrera a una determinada entidad, arguyendo la singularidad, proyección e importancia de las funciones a su cargo. Ver Sentencia C-563/00 M.P. Fabio Morón Díaz..*

⁶³ [Cita del aparte transcrito] *Ver entre otras las sentencias C-746 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-563/00 M.P. Fabio Morón Díaz, C-517/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C- 313/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.*

⁶⁴ Fundamento Jurídico # 2.5.2 [Énfasis fuera de texto]

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 21.1 del artículo 21 del Decreto 765 de 2005, únicamente por los cargos estudiados en la presente sentencia, salvo la expresión “*de ascenso*” que se declara **INEXEQUIBLE**.

SEGUNDO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el párrafo transitorio del artículo 21 del Decreto 765 de 2005.

TERCERO.- Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*”, contenidas en el numeral 26.2 del artículo 26 del Decreto 765 de 2005.

CUARTO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral 26.4 del artículo 26 del Decreto 765 de 2005.

QUINTO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral 27.4 del artículo 27 del Decreto 765 de 2005.

SEXTO.- Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*según se encuentre o no inscrita en el Sistema Específico de Carrera al momento del nombramiento*”, contenidas en el inciso segundo del numeral 34.7 del artículo 34 del Decreto 765 de 2005.

SÉPTIMO.- Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*según el caso, alguna de las siguientes clases de*”, contenidas en el inciso primero del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.

OCTAVO.- Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*Dicho concurso constituye el mecanismo de ingreso de nuevos empleados públicos a la carrera específica a la Entidad*”, contenidas en el inciso primero del numeral 36.1 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.

NOVENO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso segundo del numeral 36.1 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.

DÉCIMO.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso tercero del numeral 36.1 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005, únicamente por los cargos estudiados en la presente sentencia.

DÉCIMOPRIMERO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral 36.2 del artículo 36 del Decreto 765 de 2005

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General