



Universidad  
de Cartagena  
Fundada en 1827

Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional



Cartagena D.T y C., 1 de mayo de 2016

Doctora

**MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ**

Secretaria General

CORTE CONSTITUCIONAL

<b>Radicado</b>	D-11257
<b>Demandante</b>	ROMERO TRUJILLO ZULMA Y OTRA
<b>Demandado</b>	Decreto Ley 407 de 1994 artículo 95
<b>Magistrado Ponente</b>	Alberto Rojas Ríos

**REF: EXP. D- 11257.** Acción pública de inconstitucionalidad contra el **Decreto Ley 407 de 1994 artículo 95.**

Atendiendo la solicitud de la Corte Constitucional, mediante oficio No. 1120 de fecha 21 de abril de 2016, y por instrucciones del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, Dr. YEZID CARRILLO DE LA ROSA, me dirijo a esta Honorable Magistratura para efectos de proceder a rendir concepto sobre la constitucionalidad o no de la norma acusada en la acción pública de inconstitucionalidad de la referencia, presentada por las ciudadanas ROMERO TRUJILLO ZULMA Y VARGAS GARZON MAIDA XIMENA.

Para efectos de analizar los cargos formulados por las demandantes y admitidos por la Corte Constitucional, es importante planear el siguiente problema jurídico: **¿Se justifica constitucionalmente la prohibición legal de impedir participar para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes a quienes no aprobaren un concurso?**

Para efectos de analizar el problema jurídico anteriormente planteado se analizará los siguientes puntos: 1. Libertad de configuración del legislador en materia de carrera administrativa y sus límites 2. El principio del mérito dentro de la Constitución de 1991 y su importancia dentro de la carrera administrativa. 3. Análisis del caso concreto

Antes de analizar los puntos anteriores, es de suma importancia precisar el contenido del artículo 95 del Decreto 407 de 1994 objeto de cuestionamiento por parte de los demandantes, el cual señala expresamente:

ARTÍCULO 95. CONSECUENCIAS DE LA NO APROBACION DEL CONCURSO. Quienes no aprobaren un concurso, no podrán ser convocados para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes.

La Constitución Nacional de 1991 en el artículo 40. 7 y 125 hacen referencia expresa a lo siguiente:

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.



**Universidad  
de Cartagena**  
Fundada en 1827

Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional



Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

**El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.**

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. Adicionado. Acto Legislativo N° 1 de 2003, artículo 6°. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

Es importante señalar que, del artículo constitucional anteriormente citado, se evidencia la facultad del legislador para determinar el ingreso a los cargos de carrera no es menos cierto que debe la ley atender el principio constitucional al mérito y el derecho político de acceder a desempeñar funciones y cargos públicos. Bajo estas circunstancias el mérito se constituye como un límite a la libertad del legislador en materia de concursos públicos. Preciado lo anterior, pasaremos a analizar la libertad de configuración del legislador en materia de carrera administrativa y sus límites.

## **I. Libertad de configuración del legislador en materia de carrera administrativa y sus límites**

En este punto analizaremos los alcances de la libertad configurativa del legislador dentro de la Constitución de 1991. Sobre este punto, es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que los requisitos y calidades que deben reunir los aspirantes a ocuparlos que, generalmente son los más altos cargos del Estado, corresponde al Congreso establecerlos por medio de ley, sea cual fuere la clase o el nivel del empleo, esto es, de carrera, de libre nombramiento y remoción, o de concurso público, salvo que constitucionalmente ya se encuentren definidos.

En sentencia C-537/93 M. P. Ciro Angarita Barón, la Corte Constitucional señaló sobre el particular que:

"(...) dentro del ámbito de libertad del legislador se comprende el establecimiento de los requisitos - genéricos y específicos- para el ejercicio de cargos o funciones públicas, tal facultad debe realizarla con estricta sujeción a los mandatos constitucionales que lo obligan a no condicionar -hasta el punto de hacer impracticable- el ejercicio de derechos fundamentales que, como la igualdad, la dignidad, y el ejercicio de funciones y de cargos públicos, son base estructural del orden constitucional pues, éstos le vedan la posibilidad de establecer requisitos que los condicionen más allá de lo razonable, o de crear condiciones que impliquen de manera injustificada, el acceso desigual a su ejercicio.

Por otra parte, el ejercicio del derecho político fundamental al desempeño de funciones y cargos públicos, consagrado en el artículo 40-7 de la Carta de 1991, se encuentra protegido por las mismas garantías que



Universidad  
de Cartagena  
Fundada en 1827



Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional

protegen el derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y, en general, por los principios de libertad e igualdad que dan contenido a estos derechos.

De ahí que al exigir ciertos requisitos o condiciones -tanto genéricas como específicas- para ejercer funciones o cargos públicos y al establecer normas que rijan la práctica laboral, el legislador no pueda vulnerar el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 40 de la Carta o de cualquier otro derecho fundamental. Como tampoco pueda desconocer los valores y principios que conforman nuestra organización social, institucional y política."

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-501/05 sostuvo que "dada la amplia potestad que le reconoce el artículo 125 de la Carta al legislador para determinar otras causales de retiro de la carrera, distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, puede éste establecer razones ajenas a la conducta de los funcionarios que de presentarse pueden afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines función pública, siempre y cuando respete los límites, principios y valores constitucionales que pretende promover a través del sistema de carrera. Tal es el caso de la causal de retiro por la obtención de la pensión de jubilación".

Ahora bien, es evidente que de acuerdo a los artículos 123, 131 y 150-23 de la Constitución, el legislador es competente para establecer los requisitos para acceder a los cargos públicos y tal como señala la jurisprudencia goza de una amplia discrecionalidad para definir el régimen de inhabilidades aplicable. Sobre este punto la Corte Constitucional precisó que, en desarrollo de dicha facultad, *"el Congreso puede determinar qué supuestos de hecho impiden a aspirar al ejercicio del cargo (...) y si tal impedimento está o no sujeto a un límite temporal. Así, como escenario de expresión democrática, el Congreso se encuentra legitimado para valorar las exigencias requeridas para acceder a esa función pública y para excluir de la posibilidad de acceso a aquellos aspirantes que no satisfagan tales exigencias"*<sup>1</sup>.

Es claro que cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su ámbito de apreciación está limitado por la configuración constitucional de la carrera, por sus fines y principios que la rigen y por los derechos que protege. Si la Carta establece diferencias entre los conceptos de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, con esa distinción configura un límite para el poder de regulación del legislador pues éste no puede desconocer las situaciones jurídicas de los empleados estatales de tal manera que pueda atribuir a unas de ellas los efectos que corresponden a otras y, por esa vía, vulnerar sus derechos adquiridos<sup>2</sup>.

Precisado ese punto, es claro que la libertad del legislador, tal como lo define la Corte Constitucional no es absoluta, pues al determinar tales condiciones debe respetar la Constitución y, por consiguiente, no puede crear exigencias irrazonables o desproporcionadas que impidan ejercer el derecho de acceso a los cargos públicos<sup>3</sup>. Quiere decir lo anterior, que tal libertad debe respetar el principio de proporcionalidad. Sí bien la Constitución le otorga al legislador una amplia competencia para regular la materia, como tantas veces lo ha señalado la Corte, su facultad no es absoluta; tratándose de límites al ejercicio de derechos fundamentales, éstos deben obedecer a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. En términos de la sentencia T-634 de 2007, se *"debe guardar una relación de equilibrio entre los fines estatales, los principios de la administración pública y el ámbito funcional (...) y, al tiempo, los derechos de quienes aspiran a ocupar los cargos disponibles pues si bien se encuentra legitimado para limitar tales derechos en procura de la realización de esos propósitos, el régimen de inhabilidades para ello dispuesto debe ser razonable y proporcionado"*

<sup>1</sup> Corte Constitucional Sentencia C-177/2009

<sup>2</sup> Corte Constitucional Sentencia C-292-01.

<sup>3</sup> Corte Constitucional Sentencia C-408/01



Universidad  
de Cartagena  
Fundada en 1827



Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional

En ese sentido, es evidente que existe una libertad del legislador para definir los requisitos para acceder a los cargos públicos, tal libertad no es absoluta, pues debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora, analicemos los alcances del principio del mérito dentro del orden jurídico colombiano.

## II. El principio del mérito dentro de la Constitución de 1991 y su importancia dentro de la carrera administrativa.

La jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que el mérito y el concurso público son los dos pilares fundamentales de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991. En virtud del mérito se pretende que las capacidades, cualidades y eficacia del aspirante sean los factores determinantes “para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.” Por su parte, el concurso público es el mecanismo para establecer el mérito, ya que aquel está exclusivamente dirigido a comprobar “las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.”

La Corte ha manifestado que el concurso público debe ser comprensivo de “todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública”, incluidos aquellos factores en los cuales “la calificación meramente objetiva es imposible”, ya que aquello garantiza la erradicación de cualquier margen de subjetividad en la escogencia del concursante.

La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público. Lo que procura el orden jurídico mediante la exigencia de que se aplique el sistema de carrera y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, es por una parte la realización del principio constitucional de estabilidad en el empleo, por otra, la escogencia de los mejores servidores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del mérito como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes habrán de laborar en dicho servicio en sus distintas escalas.

La Corte Constitucional indicó que, “la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. El sistema de carrera administrativa se rige por los principios de igualdad de oportunidades, **selección por mérito**, y el alto grado de motivación. En este sentido, el artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración. Éste consiste en que el Estado debe contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante



Universidad  
de Cartagena  
Fundada en 1827



Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional

existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”<sup>4</sup>.

En ese marco, sí bien el legislador cuenta con libertad para configurar los regímenes de carrera administrativo, no es menos cierto que en el ingreso debe dar prevalencia al principio constitucional al mérito y en tal sentido, el mérito debe ser un factor preponderante a tener en cuenta a la hora de determinar, el ingreso, ascensos, calidades etc. para acceder a la carrera administrativa.

### III. Análisis del caso concreto

La norma bajo examen señala que **“quienes no aprobaren un concurso, no podrán ser convocados para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes”**.

En tal sentido en este aparte nos corresponde responder el problema jurídico planteado, el cual hace referencia a lo siguiente: ¿Se justifica constitucionalmente la prohibición legal de impedir participar para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes a quienes no aprobaren un concurso?

A nuestro juicio la Corte Constitucional debe declarar inconstitucional la norma demandada, esto es, el artículo 95 del decreto 407/94, teniendo en cuenta que la prohibición de impedir participar para concursar en otro empleo de la misma clase o de superior categoría dentro de los doce (12) meses siguientes a quienes no aprobaren un concurso es injustificada constitucionalmente, por cuanto la inhabilidad creada por el legislador extraordinario no atiende a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y al mérito.

No es razonable tal medida por cuanto no existe una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la finalidad de la prohibición. A nuestro parecer, es una medida desproporcionada y excesiva, pues establece una imposibilidad temporal (12 meses) de acceder a un cargo de la misma categoría o nivel superior en la carrera penitenciaria a quien no aprobare un concurso, lo cual implica que tal prohibición desborde el fin legítimo que participen los mejores en el concurso público, pues, las pruebas en sí mismo, dentro del concurso de mérito constituyen una garantía para la escogencia meritocrática de quien pretenda acceder a los cargos públicos.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-177/09, en la cual manifestó que *“la finalidad de establecer inhabilidades radica en garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida ésta 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”. Dado que dicha función se dirige a la atención y satisfacción de intereses generales, resulta razonable que se exija a las personas que aspiran a ejercerla, poseer cualidades suficientes que garanticen su desarrollo con arreglo a los principios mencionados. Así pues, a través de las inhabilidades se busca asegurar la excelencia en el ejercicio de la función pública, a través de personas idóneas y con una conducta intachable”*.

La Corte Constitucional en sentencia C-177/09 ya se ha planteado este problema, preguntándose lo siguiente ¿perder un concurso, una dos y hasta tres veces, significa que la persona no tiene o no puede

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional Sentencia T-257-12





Universidad  
de Cartagena  
Fundada en 1827



Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional

llegar a tener cualidades necesarias para garantizar idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de una función pública? Frente a este punto, la Corte señaló que una aproximación rápida a esta cuestión podría sugerir que la respuesta es afirmativa. A primera vista, podría pensarse que quien pierde un concurso de notario – y más aún si lo vuelve a perder-, es porque no reúne las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, de manera que la norma sería adecuada para desestimular la participación de personas no aptas, y para asegurar que los candidatos que efectivamente lleguen al concurso sean los aspirantes con mejores calificaciones para su desempeño. No obstante, la Corte considera que tal aproximación no es acertada, si se tiene en cuenta el contexto en el cual está inmerso la norma en cuestión. Como ya lo ha señalado esta Corporación, si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que se deba dejar de lado el contexto dentro del cual la norma es aplicada, para efectos de realizar un juicio de exequibilidad. En otras palabras, perder un concurso puede obedecer a un sinnúmero de factores, que no necesariamente apuntan a concluir que la persona no puede llegar a ser apta para el cargo. Por eso, una medida como la analizada, difícilmente garantiza una correspondencia adecuada con la finalidad que se pretende, que es la de atraer a los mejores aspirantes para la carrera (...). De hecho, deja por fuera a un sinnúmero de personas que han invertido tiempo y recursos para prepararse para la postulación.

Este mecanismo establecido por legislador extraordinario en la disposición acusada no es adecuado, pues precisamente el mérito de una persona que aspira en determinado momento a un cargo (...) es el objeto de la evaluación que se deberá hacer dentro del concurso, de manera tal que no tendría sentido entrar a descalificar a una persona con anterioridad al mismo. Que una persona pueda aspirar no significa que tenga que ser elegida; su elección dependerá entonces, de la evaluación que se haga sobre sus condiciones y la de los demás aspirantes dentro del proceso del concurso<sup>5 6</sup>.

Para la Corte Constitucional Colombiana, restringir la participación de una persona en futuros concursos notariales, por haber perdido otro u otros con anterioridad, compromete uno de los postulados básicos de los concursos para proveer cargos de carrera, cual es el de la igualdad de acceso y participación<sup>7</sup>.

La Corte en la sentencia C-041 de 1995 expresó sobre este mismo punto lo siguiente:

“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones

---

<sup>5</sup> Óp. cit, Sentencia C-177/09

<sup>6</sup> Ibídem

<sup>7</sup> En este punto, ver Sentencia T-1695 de 2000, el cual señala que es claro que el concurso que el Gobierno Nacional está obligado a efectuar en este caso, como todo concurso, ha de satisfacer los principios mínimos que rigen este sistema de selección, tales como: i) el de la igualdad en el acceso, cuyo pilar fundamental está en el mérito y la capacidad (sentencias C-040 de 1995 y SU-136 de 1998, entre otras) y en la participación de todo el que crea tener derecho a ocupar el cargo correspondiente, lo que se garantiza mediante convocatorias abiertas (sentencia C-063 de 1997), ii) la eficacia, la celeridad y la moralidad en el desempeño de la función pública (sentencias C-479 de 1992 y C-317 de 1995, entre otras), iii) el respeto por los derechos subjetivos de quien hace parte de la carrera, precisamente por haber ingresado mediante este sistema de selección, protección ésta que se concreta en el principio de estabilidad en el empleo (sentencia C-522 de 1995, entre otras).



**Universidad  
de Cartagena**  
Fundada en 1827



Acreditación Institucional de Alta Calidad  
Resolución 2583 del 26 de febrero de 2014. Ministerio de Educación Nacional

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.

**Por lo anterior, a nuestro juicio la norma debe ser declarada inconstitucional, pues, la medida adoptada por el legislador extraordinario es desproporcional en cuanto al fin legítimo de la misma.**

## **CONCLUSIÓN**

Con base en las anteriores consideraciones, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena considera que la norma acusada es inconstitucional, y por tanto debe **declararse inexecutable** de acuerdo a las consideraciones expuestas anteriormente.

Con el debido respeto, de los Honorables Magistrados,

**Milton José Pereira Blanco**

Profesor de Filosofía del Derecho y Teorías de la Argumentación Jurídica

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Cartagena