

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-25-000-2016-00514-00 (2330-2016)
Demandante: OSCAR ANDRÉS ACOSTA RAMOS
Demandados: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA
Tercero interesado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Temas: Entrevistas y pruebas orales en concurso público
de méritos.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA
2019

O-200-

1. ASUNTO

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control de nulidad¹ de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, ejercido por el señor Oscar Andrés Acosta Ramos en contra del Departamento Administrativo de la Función Pública.

¹ La demanda se presentó en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, sin embargo, su trámite se adecuó al de nulidad simple en auto admisorio del 24 de julio de 2017 (Ff. 34-35, cuaderno principal).

2. DEMANDA²

Pretensión

Que se declare la nulidad de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998». El citado artículo 24 se demanda en su totalidad mientras que el 23 tan solo respecto de las expresiones que se resaltan a continuación:

[...] ARTÍCULO 23. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y las responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se hará mediante pruebas **orales**, escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, **entrevistas**, evaluación final de cursos efectuados dentro del proceso de selección y otros medios técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros de calificación previamente determinados.

En los concursos se aplicarán mínimo dos pruebas, una de las cuales será escrita o de ejecución, dependiendo de la naturaleza de las funciones de los empleos a proveer.

PARÁGRAFO. El valor de cada prueba respecto del puntaje total del concurso será determinado en la convocatoria.

ARTÍCULO 24. Cuando en un concurso se programe entrevista, esta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será integrado por un mínimo de tres (3) personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar

² Ff. 15-31, cuaderno principal.

constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado [...]

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas vulneradas los artículos 4, 13, 25, 29, 40-7, 125 y 209 de la Constitución Política; así como la Ley 909 de 2004.

Como concepto de violación, manifestó que los actos demandados incurrieran en las siguientes causales de nulidad de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria y desconocimiento de las normas superiores en que debía fundarse.

El reproche de la demanda reside en la consagración de las entrevistas o pruebas orales como criterio con valor dentro de los concursos para el ingreso meritocrático a la carrera administrativa. Al respecto, señaló que el gobierno nacional desbordó su potestad reglamentaria toda vez que dicha figura no había sido prevista por el legislador, quien en todo caso fue explícito al señalar en la Ley 909 de 2004 que el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa debía obedecer al mérito, a través de procesos de selección evaluados con objetividad e imparcialidad.

De acuerdo con ello, precisó que dichas pruebas resultan contrarias a normas superiores en la medida en que desconocen el principio del mérito, el derecho al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos pues, al no depender de las aptitudes y conocimientos del concursante, pueden ser manipuladas a su favor o en su contra, lo que les imprime un carácter subjetivo.

Seguidamente, adujo que si bien la Corte Constitucional se había pronunciado sobre las entrevistas en las sentencias C-372 de 1999 y C-478 de 2005 atribuyéndoles ciertas características para darles objetividad, en la práctica esos argumentos carecían de valor puesto que el artículo 21 de la Ley 443 de 1998, que se estudió en el primero de tales pronunciamientos y que establecía las entrevistas en los concursos de méritos, no fue reproducido en la Ley 909 de 2004, lo que obedeció no a una casualidad u

omisión involuntaria del legislador sino al interés de proscribir su existencia, por lo que mal podría el ejecutivo, a través de la norma demandada, revivirlas como componente de los concursos de méritos.

Las referidas sentencias, explicó, solo hacen tránsito a cosa juzgada constitucional relativa para el tema específico. Además, debe tenerse en cuenta que, en la sentencia C-105 de 2013, la misma Corporación se refirió a las entrevistas como un mecanismo de valoración subjetivo que se opone al mérito.

Sobre la violación del derecho a la igualdad, sostuvo que se presenta en la medida en que no existe un método o mecanismo cuantificable que permita medir los criterios que se evalúan en la entrevista, como tampoco un protocolo detallado que defina con precisión la forma en que debe llevarse a cabo, lo que determina que sea una prueba pasible de abusos y discrecionalidades.

De otro lado, adujo que se vulnera el derecho al trabajo y, en consecuencia, el de acceso a cargos públicos del concursante que ocupó el primer lugar en las pruebas objetivas escritas cuando el nominador nombra a otra persona con base en el componente subjetivo de la entrevista. Indicó que en tales casos se le niega un derecho adquirido al ganador del concurso.

En punto al debido proceso, anotó que resulta transgredido si se tiene en cuenta que el mecanismo previsto para la contradicción de la calificación de la entrevista no es más que un formalismo, lo que se refleja en la práctica con las respuestas evasivas y faltas de motivación que se otorgan para dar alcance a las impugnaciones.

Respecto de la vulneración del principio del mérito, afirmó que la entrevista es una prueba que, en lugar de recompensar las aptitudes de los concursantes, favorece el clientelismo y la burocracia, permitiendo que se nombre de manera discrecional a recomendados y allegados sin importar su idoneidad para el ejercicio de los cargos. Agregó que, en todo caso, los exámenes escritos tienen un componente comportamental medido objetivamente por lo que resulta innecesario medir dicho factor a través de una entrevista.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El Departamento Administrativo de la Función Pública se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos.

En primer lugar, descartó la violación del artículo 4 superior debido a que, en su concepto, el demandante no cumplió con la carga argumentativa que le asiste para demostrar las razones que sustentarían la nulidad de la norma acusada.

Lo propio señaló respecto de la supuesta transgresión del artículo 13 constitucional pues no advierte cómo la existencia de una prueba oral o entrevista que se encuentra contemplada de manera uniforme para todos los aspirantes puede conllevar la vulneración del derecho a la igualdad. Sin embargo afirmó que, en gracia de discusión, la Corte Constitucional ha señalado en innumerables oportunidades que no todo trato desigual conlleva una discriminación.

En relación con el presunto desconocimiento del artículo 25 de la Constitución Política, descartó que le asistiera razón al demandante puesto que la jurisprudencia reiterada del máximo juez constitucional y del Consejo de Estado es clara al señalar que los concursos de mérito no confieren más que una mera expectativa para el concursante, que solo se concreta en un derecho cuando la persona es acreedora al nombramiento en un cargo de carrera según la lista de elegibles.

De igual manera, negó que el acto demandado afecte el derecho al debido proceso pues en él se determinaron las pautas a las que deben ceñirse las convocatorias que prevean la realización de entrevistas. Además, precisó que el demandante basó sus acusaciones en un caso que se presentó en el

³ Ff. 49-52, cuaderno principal.

IDEAM que no puede servir de parámetro para al *sub lite* y del que, en todo caso, no existe soporte probatorio.

Por último, estimó que las entrevistas o pruebas orales no son contrarias al principio del mérito que prevé el artículo 125 de la Constitución Política, aspecto que ya había sido objeto de estudio por la Corte Constitucional en sentencia C-478 de 2005, en la que dicha Corporación concluyó que aquellas pueden ser instrumentos útiles en los procesos de selección y fijó los criterios que deben ser tenidos en cuenta para incluirlas y practicarlas en un determinado concurso.

3. TERCERO INTERESADO⁴

La Comisión Nacional del Servicio Civil se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones.

Inicialmente, señaló que contemplar dentro de la estructura de la convocatoria la realización de una prueba de entrevista no contraría los postulados constitucionales ni legales pues, por el contrario, permite la realización del principio del mérito al garantizar que aquellos participantes que demuestren cumplir con la capacidad e idoneidad requeridas, logren ocupar los empleos objeto de previsión.

En línea con lo anterior, explicó que las entrevistas califican las denominadas competencias del «saber hacer», esto es, las respuestas del sujeto para manejar los procedimientos y la capacidad propositiva, sus habilidades y destrezas, lo que sumado a las demás pruebas que miden otras competencias, permite una evaluación integral.

⁴ En audiencia inicial celebrada el 19 de julio de 2019, el despacho titular resolvió: «[...] téngase como vinculada al presente proceso, en calidad de tercero interesado, a la CNSC, subsanando de esta forma el vicio en que se incurrió consistente en haberle notificado el auto admisorio de la demanda sin que se hubiere dispuesto su vinculación al proceso [...]». Dicha entidad se pronunció frente a la demanda en escrito que obra en los folios 53 a 57 del cuaderno principal.

Además, destacó que la Ley 909 de 2004 no contempla en forma expresa ninguno de los tipos de prueba aplicados en los procesos de selección. Así las cosas, este no puede ser un argumento para descalificar la validez de la entrevista pues, de ser así, ninguna de las pruebas resultaría ajustada a derecho.

Seguidamente, adujo que la Corte Constitucional se ha pronunciado ya en múltiples ocasiones sobre la importancia que puede tener la aplicación de las entrevistas en proceso de selección al permitir valorar ciertas características personales, profesionales, de preparación y aptitud que no serían apreciables en pruebas escritas. Sobre el particular, destacó las sentencias C-372 de 1999, SU-613 de 2002, T-384 de 2005, C-478 de 2005 y C-105 de 2013.

De otro lado, negó que los artículos acusados representaran una violación de los derechos al debido proceso y a la igualdad toda vez que las normas que contemplan la prueba de entrevista no realizan ninguna distinción frente a quienes debe ser aplicada, además consagran un trámite y un procedimiento público para su realización.

Finalmente, llamó la atención en cuanto a que el proceso de selección del IDEAM al que el demandante alude no puede ser generalizado pues se trata de una convocatoria puntual y concreta de la que, además, no existen pruebas en el plenario.

4. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

[...] EXCEPCIONES PREVIAS O MIXTAS (art. 180-6 CPACA)

Las demandadas no propusieron excepciones previas ni mixtas. Por su parte, el despacho no encontró probada ninguna otra de las enlistadas en el artículo 100 del CGP ni de las enunciadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Decisión notificada en estrados.

[...]

FIJACIÓN DEL LITIGIO (art. 180-7 CPACA)⁵

[...] **Pretensión:** Que se declare la nulidad de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998».

A pesar de que la pretensión de nulidad se dirigió únicamente contra los artículos antedichos, el despacho resolvió entender que esta tiene como propósito la declaratoria de nulidad no solo de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, como se formuló originalmente en la demanda, sino también la de los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, en los que quedó compilado el texto de los primeros.

Del análisis de la pretensión, el concepto de violación y las contestaciones, el despacho, de manera provisional, fija los siguientes **problemas jurídicos**, que se contraen a determinar si los actos demandados son nulos por las causales de violación de las normas en que debían fundarse y por falta de competencia, así:

Primero: ¿El Departamento Administrativo de la Función Pública excedió el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015?

Segundo: ¿Son nulos los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, por desconocimiento del principio del mérito, así como del

⁵ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

derecho al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos?

Interrogados los apoderados de las entidades demandadas frente a la fijación del litigio, señalaron estar conformes.

Decisión notificada en estrados [...]

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Demandante

No hizo uso de esta oportunidad procesal.

Departamento Administrativo de la Función Pública⁶

En esta etapa procesal, solicitó denegar las pretensiones de la demanda por los siguientes motivos. En primer lugar, indicó que las normas acusadas no habían desbordado la potestad reglamentaria puesto que, en el artículo 31-3 de la Ley 909 de 2004, el legislador estableció un parámetro general respecto de las pruebas como una de las etapas que comprenden los procesos de selección, sin prever expresamente ninguna modalidad de prueba, aspecto cuyo desarrollo confió al gobierno nacional.

De otro lado, sostuvo que las acusaciones relativas a la violación de los principios de imparcialidad, igualdad y objetividad en el acceso de cargos públicos carecían de sustento pues, según la jurisprudencia constitucional, la entrevista es un instrumento que puede resultar útil para evaluar las características profesionales, de preparación y de aptitud de los participantes.

Comisión Nacional del Servicio Civil⁷

⁶ Ff. 83-85, cuaderno principal.

⁷ Ff. 86-89, cuaderno principal.

En sus alegatos de conclusión, señaló que se abstendría de pronunciarse frente al primer problema jurídico que se estableció en la fijación del litigio puesto que resultaba ajeno a las competencias de la entidad.

En relación con el segundo, sostuvo que las entrevistas y las pruebas orales cumplen los principios constitucionales del mérito, el debido proceso, la igualdad y permiten la materialización de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos, por ser instrumentos que atienden los criterios de objetividad, imparcialidad y transparencia.

Seguidamente, explicó que la entrevista y las pruebas orales no pueden equipararse, como lo pretende el señor Oscar Andrés Acosta Ramos. Mientras que la primera da cuenta de un diálogo con el propósito de identificar y evaluar en un aspirante las características requeridas para desempeñar un empleo, las segundas son cuestionarios cerrados de preguntas que se aplican oralmente y miden conocimientos específicos del candidato.

En armonía con ello, afirmó que la entrevista de selección es uno de los métodos más usados en materia de recursos humanos a nivel mundial para elegir trabajadores y que aquellas que utiliza la CNSC en los concursos que lidera, que son de tipo estructurada, constituyen una prueba objetiva toda vez que (i) aplica un método cuantitativo; (ii) existen reglas de decisión formalizadas y estandarizadas; (iii) emplea criterios específicos; y (iv) se practica por un panel de entrevistadores, lo que evita sesgos personales.

Además, indicó que todas las pruebas en un proceso de selección son susceptibles de reclamación y que, en el caso de las entrevistas, estas siempre son grabadas para garantizar el debido proceso. En relación con el porcentaje de la calificación de la entrevista, indicó que el dispuesto en la norma es un techo máximo. Resaltó que si bien el demandante indica que se trata de un porcentaje muy alto que incide cuando los puntajes obtenidos son muy cercanos, no aportó un argumento valioso en cuanto al juicio de validez de las normas cuestionadas. Al respecto, explicó que, ciertamente, cuando hay calificaciones cercanas, cualquier tipo de prueba, no solo la entrevista, puede ser definitiva.

6. MINISTERIO PÚBLICO

No se pronunció en esta oportunidad procesal.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Problemas jurídicos

Visto lo anterior, la Sala advierte que no hay necesidad de hacer ajustes a los problemas jurídicos que, fruto del diálogo y la concertación con las partes, se plantearon de manera provisional en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial. Por lo tanto, los interrogantes que corresponde resolver son los siguientes:

1. ¿El Departamento Administrativo de la Función Pública excedió el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015?
2. ¿Son nulos los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, por desconocimiento del principio del mérito, así como del derecho al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos?

Primer problema jurídico

¿El Departamento Administrativo de la Función Pública excedió el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015?

(i) Ejercicio de la potestad reglamentaria

Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es óbice para afirmar su existencia ya que a lo largo de este cuerpo normativo pueden encontrarse sendas disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología. Así, por ejemplo, el artículo 4.º superior, prevé que «[...] La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]».

De esta forma, se ha entendido que la Constitución y las normas convencionales que se integren al ordenamiento jurídico, ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que debe expedir el Congreso con sujeción a aquellas y por los actos administrativos, los que de acuerdo a la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecer a la Constitución y a la ley, o en algunos casos, solo a la primera.

Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional:

[...] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra

que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico [...]»⁸

Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior⁹; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene¹⁰.

Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración frente a los tres tipos de normas reglamentarias que se señalaron, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

[...] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten

⁸ Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, Corte Constitucional, expediente D-2441.

⁹ Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: «[...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes [...]»

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado.

su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta (sic) en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario [...] ¹¹ (Subrayas fuera del texto original)

Así pues, para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios¹². De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias.

¹¹ Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, expediente 24715.

¹² En el caso de los llamados reglamentos «constitucionales autónomos» debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.

En ese sentido, es importante señalar que a pesar de que en la acción de nulidad simple se ejerce el control de legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política¹³, así como a los fines del Estado Social de Derecho¹⁴, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

(ii) Caso concreto

El demandante afirmó que los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, son nulos por haberse expedido desbordando el ejercicio de la facultad reglamentaria. Al respecto, señaló que las entrevistas y pruebas orales como criterio con valor dentro de los concursos de mérito no habían sido previstas por el legislador en la Ley 909 de 2004.

Para abordar la controversia que plantea el señor Oscar Andrés Acosta Ramos, es importante comenzar señalando que la Constitución Política de 1991 elevó la carrera administrativa a rango constitucional al consagrarla en su artículo 125 como la regla general en la administración pública.

Por ahora, basta anotar que, con el fin de materializar dicho mandato constitucional, se promulgó la Ley 27 de 1992¹⁵, cuyo artículo 29 le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República, entre otras, para expedir las normas que definieran los requisitos pertinentes para el ingreso a la carrera administrativa (numeral 3) y los procedimientos para llevar a cabo los concursos y las evaluaciones respectivas (numeral 4).

¹³ Artículo 6.º de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 2.º *ibidem*.

¹⁵ Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones.

En tal virtud, se profirió el Decreto 1222 de 1993¹⁶, que posteriormente sería derogado por la Ley 443 de 1998, «Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones». Para reglamentar dicha ley y el Decreto Ley 1567 de 1998¹⁷, se dictó el Decreto 1572 de 1998, que reguló el ingreso, la permanencia y el retiro del servicio público en los empleos de carrera de las entidades y organismos a los cuales se aplicaba la referida Ley 443.

El 23 de septiembre de 2004, se expidió la Ley 909¹⁸, la cual tuvo por objeto regular el sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regir el ejercicio de la gerencia pública. El Título V de dicha norma se encargó de regular el ingreso y el ascenso a los empleos de carrera, indicando al respecto en su artículo 29 que la provisión definitiva de los cargos que tuvieran esta naturaleza se haría a través de (i) procesos de selección o concursos abiertos de ingreso en los que puede participar cualquier persona que acredite reunir los requisitos para el desempeño del respectivo empleo y (ii) concursos de ascenso que le permiten el acceso a un cargo superior al personal de la misma entidad, de un mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos. La realización de estos últimos se encuentra condicionada a que se satisfagan una serie de requisitos¹⁹ que prevé el mismo artículo, caso en el cual el porcentaje de vacantes que pueden ofertarse bajo esta modalidad de proceso de selección

¹⁶ Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992.

¹⁷ «Por el cual se crean (sic) el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado»

¹⁸ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ «[...] El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso [...].»

será del 30% y el restante, se proveerá por medio de concurso abierto de ingreso.

Respecto de las etapas de los procesos de selección, el artículo 31 *ibidem* señaló que son (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, (iv) la conformación de lista de elegibles y (v) el período de prueba. La Corte Constitucional, se ha encargado de definir las en los siguientes términos:

[...] las etapas que, en general, se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera son: (i) La convocatoria: Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) elaboración de lista de elegibles: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido [...]²⁰

Para lo que es objeto del caso de estudio, es importante indicar que en punto la etapa de aplicación de pruebas o instrumentos de selección, el numeral 3 del citado artículo 31 dispuso lo siguiente:

[...] 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU 913 del 11 de diciembre de 2009, expediente acumulados T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T-397604.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación [...] ²¹

El estudio integral de la Ley 909 de 2004 permite concluir que esta no reguló cuáles eran las modalidades de pruebas o instrumentos de selección que debían aplicarse para el ingreso a los cargos de carrea, sino que contempló de forma general la finalidad que estos deberían cumplir, la objetividad e imparcialidad con la que debían ser evaluados y la naturaleza reservada que les asiste.

En esas condiciones, es preciso entender que el legislador se limitó a establecer una definición y unos parámetros generales respecto de las pruebas de los procesos de selección, permitiendo que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, desarrollara la materia y fijara los aspectos requeridos para hacer viable su aplicación, actividad dentro de la cual queda comprendida la definición del tipo de instrumentos de selección para establecer el mérito de los concursantes, sin que ello pueda tenerse como una modificación o restricción al alcance de la ley.

En armonía con tal razonamiento se encuentra el criterio que adoptó la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en auto del 17 de julio de 2017²², en el que sostuvo lo siguiente:

[...] Revisados los antecedentes legislativos de la Ley 909 de 2004, se encuentra que en los proyectos y ponencias discutidos y aprobados en la Cámara de Representantes y el Senado de la República, no se hizo mención a la prueba de entrevista. En efecto, luego de hacer un examen inicial de las gacetas del Congreso en donde constan como antecedentes todas las ponencias, debates que se adelantaron y el

²¹ Este numeral fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1033 de 2006, según lo dispuesto en su artículo 14. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional declaró inexecutable los incisos 1, 2 y 3 del referido artículo 10 mediante sentencia C-211 de 2007 y el inciso 4, en sentencia C-290 de 2007.

²² Auto del 17 de julio de 2017; radicación: 11001-03-25-000-2016-00988-00 (4469-16).

trámite de conciliación de los textos definitivos entre ambas cámaras, no se halló registro de referido a la prueba de la entrevista.

Ello no quiere decir que la intención del legislador hubiese sido la de prohibir la entrevista como instrumento de selección, pues, un análisis sistemático o de contexto de la Ley 909 de 2004, muestra que dicha norma tampoco se refirió a las demás pruebas o instrumentos de selección, a saber, competencias básicas, funcionales, comportamentales, y en consecuencia, entiende la Ponente que el legislador lo que quiso fue facultar a la CNSC para establecer, en cada uno de los procesos de selección, es decir, en cada caso en concreto, el tipo de pruebas a realizar para determinar el mérito de los participantes, dependiendo, entre otras, de la naturaleza y funciones de la entidad beneficiaria del concurso y de las necesidades del servicio existentes para el momento de la realización del concurso, pero siempre en condiciones de igualdad, objetividad, publicidad e imparcialidad.

Ahora bien, el Gobierno Nacional a través de decretos reglamentarios ha venido señalando una serie de pautas con el propósito de establecer parámetros en relación con la prueba de entrevista [...]

Así pues, por medio del Decreto 1227 de 2005, el gobierno nacional concretó las modalidades a través de las cuales es posible llevar a cabo la valoración de las competencias fijadas por el legislador ordinario como requisito para ingresar a un empleo de carrera, para lo cual determinó, entre otros asuntos, que dicha evaluación puede comprender pruebas orales, escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, cursos y otros que, con igualdad, objetividad e imparcialidad, permitieran calificar a los aspirantes.

En conclusión, el Departamento Administrativo de la Función Pública no excedió el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015.

Segundo problema jurídico

¿Son nulos los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, por

desconocimiento del principio del mérito, así como del derecho al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos?

A efectos de resolver este interrogante, la Sala abordará el estudio de los siguientes ítems (i) el mérito en la carrera administrativa; (ii) el debido proceso administrativo; (iii) la igualdad; (iv) el derecho al trabajo y acceso a cargos públicos; (v) jurisprudencia constitucional en relación con la prueba de entrevista; y (vi) caso concreto.

(i) El mérito en la carrera administrativa

El artículo 125 constitucional contempla el principio del mérito a través de la consagración del sistema de carrera, último que se erige como la regla general del empleo público ya que, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de esta naturaleza. De igual manera, esta norma dispone que todo tipo de cargo cuyo nombramiento no se encuentre regulado en la Constitución o en la ley debe hacerse mediante concurso público.

En términos de derecho administrativo laboral, la carrera puede definirse como un sistema técnico de administración del empleo en el que el criterio esencial en la provisión de cargos públicos está dado por el mérito y la calidad de los aspirantes, lo que redundará no solo en beneficio del interés general y de los fines del Estado, quien tendrá a su servicio a los más calificados, sino también en el de los trabajadores, a quienes de esta forma se les garantiza estabilidad laboral e igualdad de oportunidades de cara al empleo.

Este amparo se establece debido a la forma de provisión de los empleos de dicha naturaleza; como su nombramiento responde a un concurso público pensado para garantizar un proceso de selección estricto, se busca privilegiar a quienes, en virtud de sus méritos, competencias y calidades profesionales e intelectuales, se han ganado el derecho al cargo.

En ese orden de ideas, resulta plausible afirmar que el mérito es un principio que, por disposición del constituyente y del legislador, se encuentra inserto en la esencia misma de los empleos de carrera, apareciendo como una de las formas en las que se proyecta la satisfacción de las necesidades del servicio y de los intereses de la comunidad. Lo anterior puesto que el hecho de que las calidades intelectuales, académicas y laborales aparezcan como criterios inherentes en su provisión, juega tanto a favor de los empleados como en beneficio del Estado.

Entendido así, el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por los mejores y más capacitados funcionarios.

(ii) Debido proceso administrativo

El artículo 29 de la Constitución Política determina que el debido proceso debe regir todas las actuaciones adelantadas bien sea en procesos judiciales o en trámites administrativos.

En armonía con ello, el debido proceso ha sido definido por la Corte Constitucional²³ como el conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para proteger a una persona dentro del trámite de un proceso judicial o administrativo.

Debe anotarse que, en sede administrativa, este derecho busca que todas las actuaciones y decisiones adoptadas por funcionarios en los trámites administrativos se realicen con cumplimiento de las garantías propias del ejercicio de la administración pública.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre el debido proceso administrativo²⁴, aseveró que aquel derecho debe ser desarrollado en todas las manifestaciones de la

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-442/1992.

administración pública y que los actos administrativos deben ser dictados previos los procedimientos y los requisitos exigidos por la ley.

Más adelante, en la sentencia T-214 de 2004, el máximo tribunal constitucional²⁵ definió el debido proceso administrativo como el conjunto de condiciones impuestas a la administración por la ley sobre el cumplimiento de una secuencia de actos, cuya finalidad esta previamente determinada constitucional y legalmente y cuyo objeto es asegurar el funcionamiento ordenado de la administración y la validez de sus actuaciones. Así como proteger los derechos de los administrados, especialmente a la seguridad jurídica y a la defensa.

Igualmente, en la sentencia C-980 de 2010, el mencionado tribunal manifestó que el debido proceso administrativo es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata en los términos del artículo 29 de la Constitución Política y que está en armonía con los artículos 6 y 209 superiores sobre la responsabilidad de los servidores públicos y los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

Más recientemente, la Corte Constitucional²⁶ reiteró las consideraciones expuestas en las anteriores sentencias y, adicionalmente, precisó que el debido proceso administrativo obliga a los funcionarios públicos a estar actualizados sobre las modificaciones que se realicen a las leyes que regulan sus funciones y que aquel constituye un límite al ejercicio de las funciones de las autoridades públicas en tanto deben actuar dentro de los procedimientos previamente fijados por el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, se colige que el debido proceso administrativo es un derecho fundamental que sirve como garantía para los administrados frente a las actuaciones y decisiones adoptadas dentro de los procedimientos establecidos por la ley.

(iii) El derecho a la igualdad

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-214/2004.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-051/2016.

El artículo 13 de la Constitución Política dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por lo cual deben recibir el mismo trato y gozan de iguales derechos, libertades y oportunidades. Adicionalmente, establece que no podrán ser sometidas a ninguna clase de discriminación por razones de “*sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”.

La Corte Constitucional ha determinado²⁷, en virtud de la norma citada, que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: 1. Formal o ante la ley, en virtud de la cual las autoridades deben abstenerse de concebir normas o políticas que agraven la situación de exclusión de grupos marginados o vulnerables y 2. Material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

El mencionado tribunal constitucional ha fijado el test integrado de igualdad²⁸, con el fin de determinar cuándo existe una vulneración al referido derecho por existir un trato diferente a situaciones iguales, o por el contrario, cuando a personas o circunstancias distintas se les brinda el mismo trato, sin motivos constitucionalmente legítimos. Este juicio se agota en las siguientes etapas:

[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución [...]²⁹

Si se establece que en efecto existe una diferencia de trato entre las situaciones analizadas, el paso a seguir consiste en determinar si la distinción se encuentra justificada a nivel constitucional, lo que implica

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

²⁸ Ver entre otras sentencias: T-323/15 y C-104/16

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-015 del 23 de enero de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo. Expediente D-9737.

identificar i) el fin que busca la medida; ii) el medio empleado para tales efectos y iii) la relación entre medio y fin. A este ejercicio se le ha denominado test de igualdad y la Corte Constitucional ha establecido que su aplicación admite diferentes grados de intensidad, así:

a) Estricto: Se aplica cuando se advierte la existencia de un criterio sospechoso, la medida recae en personas en condiciones de debilidad manifiesta o pertenecen a grupos marginados o discriminados o cuando afecta *prima facie* el goce de un derecho fundamental

b) Intermedio: Se usa cuando se puede afectar un derecho que no es fundamental y

c) Flexible o leve: Por regla general, se utiliza al ejercer el control de constitucionalidad y cuando se están analizando las competencias definidas en órganos constitucionales o en materias económicas, tributarias o de política internacional.

El grado estricto es el más exigente, en la medida que busca determinar si el fin es legítimo, importante, e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, esto es, sino puede ser reemplazado por otro menos lesivo. Adicionalmente, debe estudiarse si los beneficios de adoptar la medida exceden las restricciones impuestas sobre otros principios constitucionales.

(iv) El derecho al trabajo

El artículo 25 superior dispuso lo siguiente:

[...] El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas [...]

La consagración del derecho al trabajo en esos términos permitió que la jurisprudencia constitucional, poco a poco, avanzara en la interpretación que debía dársele a afectos de concebirlo como un derecho fundamental,

superando aquella visión que limitaba su alcance a uno de naturaleza social y económico.

Esta nueva lectura se basó en el reconocimiento de la íntima relación que existe entre el derecho al trabajo y los principios de igualdad, libertad y dignidad humana. A partir de entonces, se ha destacado su importancia al menos en tres dimensiones, a saber: (i) como garantía de las condiciones mínimas de subsistencia puesto que de esta forma la persona puede obtener un sustento económico para cubrir dignamente las necesidades básicas personales y de su núcleo familiar; (ii) es un presupuesto de autonomía personal en la medida en que protege la potestad del individuo para autodeterminarse y, con ello, tener un modelo de vida acorde con sus intereses, convicciones, inclinaciones y deseos; y (iii) promueve la realización personal como quiera que le permite al individuo el ejercicio y desarrollo de sus habilidades y aptitudes, al igual que sentirse útil y tener un reconocimiento social.

Dentro del núcleo de protección de este derecho, el artículo 53 *ibidem* estableció como principios mínimos fundamentales la igualdad de oportunidades; la remuneración mínima vital y móvil; la estabilidad en el empleo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos; las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre formalidades; la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Por su parte, el artículo 54 constitucional impuso al Estado y a los empleadores la obligación de ofrecer capacitación profesional y técnica. Además, al primero de ellos le encargó la protección especial del derecho al trabajo de las personas de edad y de aquellas que padecen alguna condición física o mental.

En el ámbito internacional también existen varios instrumentos normativos que consagran la protección del derecho al trabajo partiendo de reconocer el

estrecho vínculo que le une con la dignidad humana. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispuso lo siguiente:

[...] Artículo 23. 1. **Toda persona tiene derecho al trabajo**, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, **una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social**. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses [...] (Subraya la Sala)

De otro lado, Colombia, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el derecho al trabajo, así:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona

goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
[...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan a cargo del Estado una serie de responsabilidades que se concretan en promover condiciones que permitan el acceso a un trabajo en condiciones dignas, otorgando las garantías mínimas que deben permear la materialización de este derecho.

(v) El derecho de acceso a cargos públicos

Este derecho constitucional fue regulado en el artículo 40 superior, numeral 7, así:

[...] ARTICULO 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 [...]

De acuerdo con ello, se ha entendido que el derecho en cuestión se materializa en la garantía que le asiste a todo ciudadano de, una vez cumplidos los requisitos previstos en una determinada convocatoria pública, presentarse a concursar, pero también, cuando ya se está ocupando un cargo de esta naturaleza, en la garantía de no ser removido arbitrariamente ni impedir el normal desempeño de su contenido funcional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha destacado la categoría de derecho fundamental que reviste el de acceso a cargos públicos en la medida en que, al promover la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, permite lograr la efectividad de la democracia participativa. Sobre el alcance de aquel, dicha Corporación ha señalado lo siguiente:

[...] dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público [...]³⁰

(vi) Jurisprudencia constitucional en relación con la prueba de entrevista

Debido a que esta Corporación no ha tenido la oportunidad de pronunciarse a profundidad sobre la materia, para resolver el interrogante planteado, la Sala estudiará la jurisprudencia constitucional por medio de la cual se ha analizado la entrevista como prueba para establecer el mérito en un proceso de selección.

El primer antecedente está dado por la sentencia C-372 de 1999, en la que la Corte Constitucional, revisó, entre otros, el artículo 21 de la derogada Ley 443 de 1998 que establecía que a la prueba de entrevista no podría

³⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-339 de 2011.

asignársele un valor mayor al 15% dentro de la calificación definitiva. La providencia declaró la exequibilidad condicionada de la norma bajo el entendido de que «[...] los entrevistadores no gozan de una competencia arbitraria y puramente subjetiva para calificar a las personas que participan en los concursos [...]».

En esta oportunidad, el máximo juez constitucional destacó la entrevista como un instrumento valioso para conocer a los aspirantes a través de un contacto directo que permite apreciar sus características personales, profesionales, de preparación y de aptitud. Sin embargo, indicó que la aplicación de este instrumento de selección resulta válida en la medida en que se entienda que es una prueba sujeta a controles, que no puede ser utilizada para favorecer o perjudicar a los entrevistados con base en consideraciones subjetivas del jurado.

Para tales efectos, sostuvo, es importante que previo a la práctica de dicho instrumento de selección se definan mecanismos idóneos para controlar el papel que han de ejercer los entrevistadores; directrices sobre la forma y el tipo de preguntas que pueden realizar, excluyéndose de plano cualquier tipo de interrogantes que puedan llegar a afectar el derecho a la intimidad; y en general reglas claras y previas en torno a los criterios objetivos que deben atender.

Aunado a lo anterior, la Corporación indicó que, para garantizar el debido proceso en la entrevista, es indispensable que los jurados rindan, por escrito, la evaluación motivada de la prueba; que se establezcan medios de impugnación; y que se garantice la posibilidad de recusar a los jurados.

Posteriormente, en sentencia SU-613 de 2002, la Corte Constitucional estudió la entrevista como factor de evaluación en los procesos de selección de la carrera judicial. Con tal fin, recogió el criterio adoptado en la sentencia C-372 de 1999 y con base en él formuló las siguientes reglas tendientes a garantizar que, no obstante el margen de discrecionalidad de los entrevistadores, la prueba se realice en condiciones de objetividad e imparcialidad:

[...] - La entrevista no puede tener un valor tal que distorsione la relevancia de los demás factores de evaluación, pues de lo contrario la transparencia del proceso mismo quedaría en entredicho. Si bien en algunas ocasiones constituye un indicativo útil frente a las necesidades del servicio, también existen otros criterios no menos importantes que son determinantes al momento de la selección.

- Para la realización de la entrevista deben existir criterios técnicos preestablecidos, lo que significa la necesidad de reglas claras y precisas sobre las directrices y tipos de preguntas que eventualmente se podrían formular.

- En concordancia con lo anterior, los parámetros de evaluación deben ser conocidos previamente por todos los aspirantes en igualdad de condiciones, revistiendo así de publicidad y transparencia el proceso de selección.

- Los criterios técnicos a tener en cuenta por los evaluadores necesariamente deben guardar relación de conexidad frente a las necesidades del servicio, así como al perfil del cargo (o cargos) a proveer. No es admisible que, como ocurre en ocasiones, los entrevistadores acudan a estrategias o técnicas que si bien pueden ser útiles en ciertos ámbitos, resultan irrelevantes frente a las exigencias de los empleos para los cuales se concursa en otro escenario.

- No son de recibo preguntas orientadas a revelar aspectos íntimos de la persona o, en general, todas aquellas cuestiones que puedan comprometer el ejercicio de los derechos fundamentales, así como tampoco son válidas cuestiones totalmente ajenas e irrelevantes según el perfil del cargo.

- Es necesario que se prevea algún mecanismo de control a las entrevistas al cual puedan acogerse los aspirantes, ya sea de carácter previo (recusación) o posterior (impugnación), siempre y cuando surjan razones fundadas por parte de los participantes para creer que su calificación fue o será arbitraria.

- Los entrevistadores deben señalar por escrito y en forma motivada los resultados de la evaluación [...]

En armonía con ello, en sentencia T-384 de 2005 reiteró que la entrevista, siempre y cuando se desarrolle dentro de parámetros objetivos, «[...] constituye un instrumento constitucionalmente admisible dentro de un proceso de selección para cargos de carrera [...]» en tanto aporta elementos útiles para determinar el mérito y las aptitudes de los concursantes.

Ahora bien, en sentencia C-478 de 2005 se examinó la constitucionalidad de la prueba de entrevista como instrumento de selección en el sistema especial de carrera propio de la Procuraduría General de la Nación. La Corte Constitucional declaró exequibles las disposiciones acusadas, contenidas en los artículos 203 (parcial) y 204 del Decreto Ley 262 de 2000, para lo cual se valió de los criterios establecidos en las sentencias C-372 de 199 y SU-613 de 2002, con apoyo en los cuales concluyó que la aplicación de la prueba de entrevista se ajusta a derecho si se tiene en cuenta que corresponde «[...] tan solo a una de las etapas del concurso, que no tiene carácter eliminatorio y se realiza, después de la prueba escrita pues su finalidad es conocer bajo criterios preestablecidos la personalidad del aspirante [...]».

Finalmente, en sentencia C-105 de 2013 la Corte reiteró la importancia de que los procesos de selección se estructuren en aplicación de los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad, publicidad y mérito. Particularmente respecto de la prueba de entrevista, sostuvo que deviene admisible en la medida en que constituya tan solo «[...] un factor accesorio y secundario de la selección [...]» pues debe otorgársele un mayor peso a los instrumentos de evaluación objetivos.

(vii) Caso concreto

El despacho resolverá en forma negativa el problema jurídico objeto de estudio por encontrar que las disposiciones acusadas no vulneran los principios y derechos que el demandante estimó transgredidos.

En primer lugar porque, según se analizó, la consagración de la entrevista *per se* no puede tenerse como violatoria del principio del mérito. Por el contrario, si esta se consagra atendiendo a parámetros que permitan garantizar la objetividad, transparencia e imparcialidad en su práctica, puede ser una herramienta útil a efectos de evaluar en los concursantes ciertas competencias requeridas para el desempeño del cargo y, de esa forma, favorecer la selección de quien, en virtud de sus habilidades y calidades profesionales, personales e intelectuales, se han ganado el derecho al cargo.

Así las cosas, lo importante en dichos casos es que la prueba se estructure de forma tal que permita controlar cualquier asomo de arbitrariedad y parcialidad con la que se pueda favorecer o perjudicar injustificadamente a los participantes. Con tal fin, resulta esencial el respeto de las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, las cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- La entrevista no puede tener carácter eliminatorio.
- No puede otorgársele un valor predominante dentro de la calificación total pues ello distorsionaría la relevancia de otros factores de evaluación determinantes al momento de la selección.
- Se deben fijar de manera clara y anticipada las reglas y criterios técnicos para su realización y evaluación.
- Dichas directrices deben ser publicadas a efectos de que los aspirantes puedan conocerlas previamente en igualdad de condiciones.
- Debe existir conexidad entre los criterios técnicos evaluados en la entrevista y las necesidades del servicio y perfil del cargo a proveer.
- Debe excluirse todo tipo de preguntas que puedan generar afectación de derechos fundamentales, particularmente aquellas que impliquen la invasión de la órbita personal del entrevistado.
- Es necesario consagrar mecanismos que permitan cuestionar la imparcialidad de los jurados antes y después de que se aplique la prueba, lo que implica que se publique con antelación los nombres de los entrevistadores.
- Los resultados de la evaluación deben motivarse y constar por escrito.

- Es esencial consagrar instrumentos que garanticen la contradicción de los resultados de la prueba.

Si se analiza el texto de las disposiciones demandadas, es plausible concluir que estas se avienen a los criterios señalados en la medida en que (i) limitan el un valor de la entrevista a un máximo de 15% dentro de la calificación definitiva; (ii) disponen que el jurado calificador debe ser plural, integrándose por un mínimo de 3 personas; (iii) su identidad debe darse a conocer con mínimo 3 días de antelación a la aplicación de la prueba; (iv) la entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico y la grabación conservarse en el archivo del concurso por un término mínimo de 6 meses contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles; (vi) El jurado debe dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.

Así, la sujeción a estos parámetros en el diseño y realización de la prueba de entrevista en los concursos públicos permite satisfacer el principio del mérito pero, además, garantiza el derecho al debido proceso puesto que, mecanismos como la consagración previa de las reglas y el procedimiento a seguir, la posibilidad de recusación de jurados y la contradicción de los resultados de la evaluación, efectivizan el derecho de defensa de los aspirantes.

Ahora bien, tampoco puede verificarse el desconocimiento del derecho a la igualdad pues la forma en que las normas acusadas consagran las pruebas orales y de entrevista no supone de ninguna manera un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Por el contrario, de ellas se desprende uniformidad en las condiciones en que debe aplicarse el instrumento de selección a todos los entrevistados.

La Sala también se aparta de los reproches que formuló el demandante en relación con la supuesta violación de los derechos al trabajo y acceso a cargos público debido a que el alcance que pretende darles no se acompasa con lo que normativa y jurisprudencialmente se ha definido como el núcleo esencial de aquellos.

Así, mientras que el primero de ellos alude a la promoción de condiciones que permitan el acceso a un trabajo en condiciones dignas y la estabilidad en este, el segundo se refiere a la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en un concurso público de méritos y la garantía de no ser removido arbitrariamente ni impedir el normal desempeño de su contenido funcional, cuando ya se ocupa un cargo público.

No se advierte cómo la consagración de la entrevista y demás pruebas orales pueden vulnerar el ámbito de protección de tales derechos. Por el contrario, ellas, al hacer parte del conjunto de etapas que integran los procesos de selección, deben interpretarse como una de las tantas herramientas a partir de las cuales el Estado cumple con el deber que le asiste de garantizar el acceso al trabajo y, particularmente, a cargos públicos. En todo caso, no sobra anotar que hasta que el participante no supera todas las etapas del concurso y deba ser nombrado en el empleo en atención a la lista de elegibles, no existe en su favor un derecho propiamente consolidado. En tales circunstancias, solo es factible identificar una mera expectativa que impide predicar la transgresión de los derechos anotados.

Finalmente, se observa que el soporte probatorio que el señor Oscar Andrés Acosta Ramos le dio a las pretensiones de la demanda se afianza en (i) un escrito dirigido a la Universidad de la Sabana con ocasión de la Convocatoria 319 de 2019, IDEAM, con asunto «Reclamación resultados de la entrevista»³¹ y (ii) la respuesta que dicha institución educativa le otorgó el 22 de diciembre de 2015³².

En dicha reclamación, el demandante se apartó de los resultados de la prueba de entrevista que presentó en tal proceso por considerar que no existía «[...] ningún motivo para no haber obtenido un resultado mayor, como 90, 95 o porque no 100 puntos [...]». Esta circunstancia carece de virtualidad para afectar la legalidad de los actos administrativos objeto de estudio porque, siendo tal el reproche, lo enjuiciable en ese caso determinado sería la lista de elegibles, si se tiene en cuenta su carácter de acto definitivo y que la discusión que gira en torno a la calificación de la prueba tiene incidencia directa en ella.

³¹ Ff. 1-3, cuaderno principal.

³² Ff. 4-14, cuaderno principal.

En armonía con ello, resulta plausible concluir que la aplicación que en un proceso de selección específico y particular se le haya dado a la entrevista no permite formular un cuestionamiento generalizado sobre la validez de esta modalidad de prueba en los concursos de mérito. Una controversia de tal naturaleza debió concretarse en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la lista o registro de elegibles conformada en el mencionado proceso de selección, bajo el entendido que es este el acto administrativo de carácter particular en el que se establece la forma de provisión de los cargos objeto de concurso a través de la fijación, en estricto orden de mérito, de las personas que deben ser nombradas en los empleos ofertados en la convocatoria.

En conclusión, los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, no adolecen de nulidad por desconocimiento del principio del mérito ni del derecho al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

Decisión

Por lo anterior, la Subsección A negará las pretensiones de la demanda que instauró el señor Oscar Andrés Acosta Ramos tendientes a que se declare la nulidad de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, y de los artículos 2.2.6.13 y 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015, en los que quedó compilado el texto de los primeros.

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

FALLA

Primero: Denegar la prosperidad de las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, formuló el señor Oscar

Andrés Acosta Ramos en contra de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998», expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ