

# El acceso a la función pública en Colombia: discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo aborda el acceso a la función pública en Colombia y la vocación por profesionalizarla, intención que subyace en los distintos textos constitucionales desde 1886. Se analizan también, desde una perspectiva jurídica, las dificultades con las que se encuentra a la hora de materializar dicho objetivo la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano de creación constitucional encargado de velar por el sistema de mérito en el empleo público. En tal sentido, hacemos hincapié en la diversidad de sistemas de carrera administrativa expresamente reconocidos por la legislación, y en la pervivencia en los procesos de selección de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual deja amplios márgenes de discrecionalidad al ejecutivo que necesariamente deben estar sometidos a control judicial.

Palabras clave: profesionalización, función pública, Comisión Nacional del Servicio Civil, discrecionalidad, arbitrariedad, acceso al empleo público.

1 Doctor en Derecho con premio extraordinario y profesor de la Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Correo-e: rastrollo@usal.es. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>. Fecha de recepción: 15 de agosto de 2019. Fecha de modificación: 15 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2019. Para citar el artículo: RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ, "El acceso a la función pública en Colombia: discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2020, pp. 41-70.  
DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n23.03>

# Access to the Civil Service in Colombia: Executive Discretion and Judicial Review of Administrative Action

## ABSTRACT

This research work examines access to the civil service system in Colombia, and the efforts to professionalize public employment; purpose that has been present in the constitutional texts since 1886. It also studies from a legal perspective the snags encountered by the National Civil Service Commission – independent authority constitutionally created –, in its attempt to professionalize the competitive merit system. In this sense, the research uncovers the variety of career systems legally established and the maintenance of undetermined legal concepts for recruiting purposes, which leave a large discretion to the Executive that must be subject to judicial review.

Keywords: Professionalization, Civil Service, National Civil Service Commission, Discretionary Powers, Arbitrariness, Access to Public Employment.

## INTRODUCCIÓN

La necesidad de implementar sistemas de selección de empleados públicos que respondan a criterios objetivos supone una necesidad imperiosa en un entorno como el iberoamericano<sup>2</sup>, caracterizado por una debilidad institucional tradicionalmente vinculada con altos niveles de corrupción y bajos niveles de desarrollo económico y cohesión social<sup>3</sup>. No obstante, durante décadas la función pública de muchos países de Iberoamérica se ha caracterizado por

2 Especialmente en la medida en que podemos relacionar profesionalización de la función pública y desarrollo económico y social. Véase en tal sentido PETER EVANS y JAMES E. RAUCH, "Bureaucracy and Growth: A Cross-National Analysis of the Effects of 'Weberian' State Structures on Economic Growth", *American Sociological Review*, vol. 64, n.º 5, Los Ángeles, 1999, pp. 748-765.

3 Realidad que ha sido indicada a partir de documentos como la Carta Iberoamericana de la Función Pública, resultante de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en 2003, que puso de relevancia la necesidad de impulsar la modernización de la función pública latinoamericana a partir de la proyección en su régimen jurídico de principios como los de profesionalidad y estabilidad, vinculándolos con la garantía de calidad en la prestación del servicio y la prescripción de la privación arbitraria, que garantiza tanto la independencia del poder político como la posibilidad de desarrollar políticas públicas a medio y largo plazo con la participación activa de profesionales del servicio público suficientemente formados y cualificados; o la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública firmada en Panamá en 2013, que incidió en la necesidad de reconocimiento expreso del derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública, que en ningún caso podría materializarse

la vigencia del denominado *spoils system* o sistema del botín. Ello ha implicado que la selección y mantenimiento de empleados en los cargos de la Administración se siga produciendo en buena medida a partir de la afinidad política con quienes en cada momento ejercen el poder y no con base en criterios vinculados a la profesionalidad y meritocracia<sup>4</sup>.

Pese a que Colombia cuenta con el cuarto producto interior bruto más elevado de Iberoamérica<sup>5</sup>, el nivel de profesionalización de su función pública está por debajo del de otros países de la región con niveles de desarrollo económico y social cercanos, como Brasil, Chile o Uruguay<sup>6</sup>. Para continuar en la senda de fortalecimiento institucional que ha recorrido Colombia en las últimas décadas resulta fundamental encarar esta realidad, que como podremos observar se encuentra en buena medida alejada de la tradición constitucional y la solvencia que la legislación administrativa del país americano presenta en numerosos ámbitos desde hace décadas<sup>7</sup>.

La profesionalización de la función pública descansa sobre procesos de selección objetivos y transparentes en los que el mérito es el criterio central. En tal sentido, nos proponemos poner de manifiesto la evolución histórica y la situación actual del sistema de acceso a la función pública en Colombia, señalando sus debilidades y fortalezas desde la perspectiva del régimen jurídico-administrativo colombiano.

ni desplegarse plenamente en administraciones sin la suficiente fortaleza institucional o que no contarán con servidores públicos suficientemente profesionales.

- 4 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Derecho administrativo y administración pública en Iberoamérica", en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.), y Carmen Rodríguez-Martín Retortillo (coord.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*, Granada: Comares, 2016, pp. 1-24.
- 5 Según datos del Fondo Monetario Internacional de 2018, disponibles en línea: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2018/01/weodata/weorept.aspx?sy=2018&ey=2018&ssd=1&sort=subject&ds=.&br=1&pr1.x=94&pr1.y=11&c=311%2C336%2C213%2C263%2C313%2C268%2C316%2C343%2C339%2C273%2C218%2C278%2C223%2C283%2C228%2C288%2C233%2C293%2C238%2C361%2C321%2C362%2C243%2C364%2C248%2C366%2C253%2C369%2C328%2C298%2C258%2C299&s=NGDPD%2CPPPGDP%2CNGDPDPC%2CPPPC&grp=0&a=> [consultado el 1.º de noviembre de 2018].
- 6 Como se pone de manifiesto en JUAN CARLOS CORTÁZAR VELARDE, MARIANO LAFUENTE y MARIO SANGINÉS (eds.), *Una década de reformas del servicio civil en América Latina (2004-2013)*, Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, pp. 203 y ss.
- 7 Y en tal sentido puede destacarse la aprobación de diferentes planes de acción de la Alianza Gobierno Abierto, de la Ley 1712 del 6 de marzo de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, y la Ley 1778 del 16 de febrero de 2016, por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, así como la labor realizada en los últimos años por parte de Colombia Compra Eficiente, plataforma colombiana de contratación pública cuya labor ha supuesto un importante esfuerzo por consagrar la transparencia y la eficiencia en dicho ámbito.

Para ello, en primer término, analizaremos las bases constitucionales del acceso a la función pública en Colombia y la vocación por profesionalizarla que subyace a las distintas normas fundamentales desde la Constitución de 1886, enlazando con los postulados liberales que se encuentran en el sustrato de la proclamación de la independencia. Sin embargo, la lucha por los empleos públicos se ha encontrado a veces en el epicentro de la contienda política y los conflictos armados. En tal sentido, nos proponemos reflejar cómo la combinación de esta situación con un exceso de presidencialismo ha limitado la vocación constitucional por la profesionalización.

En segundo término, analizamos desde una perspectiva jurídica las dificultades con las que se encuentra a la hora de materializar dicho objetivo la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público expresamente reconocido como tal en la Constitución. Por ello, hacemos hincapié en la gran diversidad de sistemas de carrera administrativa expresamente reconocidos por la legislación y en la pervivencia en los procesos de selección de conceptos jurídicos indeterminados y márgenes de discrecionalidad que no deben resultar ajenos al control judicial.

## 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Desde su constitución como provincia independiente de Cundinamarca en 1811, el antecedente de la actual Colombia vino a conformarse políticamente con base en los postulados del liberalismo político. La igualdad formal y el sometimiento al Estado de derecho por parte de la Administración se proyectan desde el siglo XIX a lo largo de las distintas normas fundamentales que han presidido el ordenamiento colombiano en relación tanto al acceso a cargos y empleos públicos como a la extinción de la relación de empleo.

Como muestra de lo primero, la Constitución de la Nueva Granada de 1832 estableció entre sus disposiciones generales que "en todos los casos en que, conforme a esta Constitución o a la ley, deben formarse ternas para el nombramiento de los funcionarios y empleados públicos, se entenderá que deben ponerse los nombres de cada candidato en pliego separado, con relación de sus méritos, servicios y capacidad". Como muestra de lo segundo, la Constitución de Cúcuta de 1821 contempló entre los deberes del presidente de la República los de "suspender de sus destinos a los empleados ineptos, o que delincan en razón de su oficio". Acto seguido, la Norma Fundamental estableció la obligación de avisar al tribunal correspondiente y remitirle el expediente o documentos que hubieran motivado el procedimiento con el fin de que siguiera el juicio (artículo 125). Continuando dicha senda, la efímera Constitución de 1830 llegó a exigir además acuerdo previo del Consejo de Estado en el proceso de separación de empleos públicos (artículo 85.18), si bien es cierto que la tendencia decayó en las siguientes normas fundamentales al eliminarse controles a las decisiones del ejecutivo. De esta manera,

la Constitución de la Nueva Granada de 1842 contempló ya como función presidencial la de "suspender o remover libremente de sus destinos a todos sus agentes políticos, y a los empleados en las oficinas de estos o en la administración de la hacienda nacional".

El nacimiento político de la nación colombiana durante el siglo XIX, con base en postulados fundamentados en la abolición de privilegios y prerrogativas regias, se proyectó además en el control ciudadano de la actividad de los cargos públicos en la rendición de cuentas. Así, el artículo 5 de la Constitución de la Nueva Granada de 1853 reconoció a todos los ciudadanos "El derecho de reunirse pública o privadamente, sin armas, para hacer peticiones a los funcionarios o autoridades publicas, o para discutir cualesquiera negocios de interés público o privado, y emitir libremente y sin responsabilidad ninguna su opinión sobre ellos". El precepto aclaraba que ello no podría suponer en ningún caso arrogarse el nombre o la voz del pueblo ni pretender imponer a las autoridades la voluntad manifestada bajo riesgo de incurrir en dicho supuesto en delito de sedición.

La Constitución de 1886, vigente durante más de cien años, hizo una decidida apuesta por la profesionalización de los servidores públicos colombianos<sup>8</sup>. En lo relativo al acceso estableció que la ley determinaría las cualidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no expresamente previstos por la Constitución (artículo 62), además de la necesidad de detallar las funciones de los empleos en ley o reglamento (artículo 63). También hizo mención expresa a los supuestos de incompatibilidad de funciones, responsabilidad de los funcionarios y condiciones de ascenso y jubilación.

El fenómeno del *spoils system* se manifiesta especialmente en la estructura organizativa de aquellas administraciones que cuentan con regímenes fuertemente presidencialistas<sup>9</sup>. Desgraciadamente, una de las particularidades históricas de Colombia es la relativa a los diferentes conflictos armados que han asolado al

8 Como indican ROCÍO LONDOÑO, ÓSCAR SAIDIZA, OMAR SALINAS y MARIANA PEREA, *La trayectoria histórica del servicio civil y la función pública en Colombia*, Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, p. 45.

9 Véase, entre otros, FEDERICO CASTILLO BLANCO y JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS, "La profesionalización de la función pública local en Iberoamérica: evolución, modelos y propuestas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 302, Madrid, 2006, pp. 219-241; KOLDO ECHEVARRÍA, "El papel de la profesionalización del empleo público en América Latina", en Francisco Longo y Carles Ramió (ed.), *La profesionalización del empleo público en América Latina*, Barcelona: CIDOB, 2008, pp. 27-44; GREGORIO MONTERO MONTERO, "La profesionalización de la Función Pública: el desafío inconcluso para el fortalecimiento de la gestión pública", *Revista Centroamericana de Administración Pública*, n.º 62-63, San José de Costa Rica, 2012, pp. 25-38; RAFAEL MARTÍNEZ PUÓN, "Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Iberoamérica: buenas y malas noticias", *Enfoques*, n.º 9, Santiago, 2008, pp. 127-143; OSCAR OSZLAK, "La profesionalización del servicio civil en Iberoamérica: impactos sobre el proceso de democratización", en *La democracia de ciudadanía: una agenda para la construcción de ciudadanía en Iberoamérica*, Washington: Organización de Estados Americanos, 2009, pp. 96-125.

país<sup>10</sup>. Tomándose el relevo desde la independencia, los enfrentamientos en los que se han visto envueltos centralistas, federalistas, conservadores, liberales, guerrillas y otros grupos armados han continuado de forma casi ininterrumpida durante décadas, sirviendo como fundamento político para justificar en determinados periodos el reforzamiento del peso del poder ejecutivo y las limitaciones al control sobre su actividad. Ello ha tenido un considerable reflejo a lo largo de los años tanto en los sistemas de selección de empleados como en los mecanismos de adscripción a la carrera administrativa. A su vez, la "captura del botín" del empleo público se convertirá en una de las principales motivaciones para el surgimiento y la continuidad de distintos conflictos<sup>11</sup>.

No obstante, la preocupación por consolidar la profesionalización efectiva del servicio público que vemos reflejada en las diferentes constituciones del siglo XIX siguió manifestándose en diferentes proyectos y normas a lo largo del siglo XX. En tal sentido cabe destacar tanto el Anteproyecto de Ley de Carrera Administrativa de 1909, impulsado por Rafael Uribe<sup>12</sup> como la Ley 165 del 16 de noviembre de 1938, primera norma integral sobre función pública del país<sup>13</sup>.

Sin embargo, mediando el siglo se pondrían de manifiesto las falencias derivadas de la aplicación de las distintas normas sobre empleo público. La misión económica de asesores extranjeros impulsada entre los años 1949 y 1950 por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco de la República (Misión Currie) puso de manifiesto la fuerte politización de la función pública durante la primera mitad del siglo XX y el fracaso en el intento

10 Que llevó a la Constitución de Cundinamarca a otorgar en su artículo 17 la atribución especial al Congreso de requerir al Poder Ejecutivo para que negociara la paz.

11 GERMÁN PUENTES GONZÁLEZ, "La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?", *Desafíos*, vol. 11, Bogotá, 2010, p. 70.

12 En cuya exposición de motivos se establecía que "La elección de los empleados, sea hecha por quien fuere y por el sistema que fuere, debe recaer en aquellos ciudadanos que tengan competencia para su puesto, es decir, carácter, habilidad técnica, experiencia, honradez, posición social y buenos antecedentes, que los coloque en posibilidad de servir mejor que cualquier otro, el cargo que se trate [...] si los puestos públicos solo son de unos pocos personajes o de un grupo habrá caciquismo, habrá oligarquía, todo menos democracia". Véase, en tal sentido, *ibíd.*, p. 64.

13 Que determinó que "Los empleados que desempeñen cargos cuya provisión se haga por concurso o por selección, o en virtud de examen, o que posean diploma de licenciados administrativos, otorgados por las facultades de derecho legalmente reconocidas, o que aprueben los cursos correspondientes en las escuelas de especialización de que habla este artículo, serán preferidos en igualdad de condiciones para su inclusión en el escalafón de empleados" (artículo 18) y conformó el Consejo de Administración y Disciplina encargado, entre otras funciones, de servir de jurado en los exámenes previstos (artículo 11). Como indican Rocío Londoño, Óscar Saidiza, Omar Salinas y Mariana Perea, pese al reconocimiento expreso de la necesidad de especialización, el pronunciamiento carecería de aplicación práctica en la medida en que faltaban instituciones educativas especializadas. ROCÍO LONDOÑO et al., *óp. cit.*, p. 72.

de profesionalización<sup>14</sup>, toda vez que dejó en evidencia cómo el acceso al margen del concurso se había generalizado<sup>15</sup>.

La Ley 19 del 25 de noviembre de 1958 sobre reforma administrativa –en desarrollo de la modificación constitucional de 1957–, el Estatuto Orgánico de la Carrera Administrativa (Decreto 1732 de 1960) –que sustituyó al Consejo de Administración y Disciplina por las comisiones de Reclutamiento, Ascenso y Disciplina– y la Ley 65 de 1967, que distinguió los empleos de carrera de los de libre nombramiento, siguieron incidiendo en el intento de consagrar mecanismos objetivos para la selección. Sin embargo, en la práctica se dieron pasos atrás bastante significativos, coincidiendo con los momentos de inestabilidad política y social que asolaron al país durante la época del Frente Nacional y los años posteriores, en los que durante diversos periodos de tiempo estuvo vigente el estado de sitio.

Como manifestación palpable de esta realidad, el Decreto 2400 de 1968 permitió acceder a la carrera administrativa a quienes se encontraban en ejercicio de empleo público en la fecha de expedición de la norma sin haber atravesado proceso de selección alguno<sup>16</sup>. De esta manera, la denominada inscripción extraordinaria llevó al acceso directo a la función pública evitando la exigencia de mérito y calidades a una gran cantidad de funcionarios. A lo largo de diferentes décadas se reprodujo de nuevo dicha situación durante periodos de concentración de poder en manos del presidente a partir de normas como el Decreto Extraordinario 2400 de 1968, el Decreto 583 de 1984 o la Ley 61 de 1987. Las consecuencias fueron la progresiva pérdida de relevancia de la comprobación del mérito y las calidades como criterio central para el acceso a la función pública, y una considerable disminución del número de empleados

14 Véase en tal sentido GERMÁN PUENTES GONZÁLEZ, "La carrera administrativa...", óp. cit., p. 69.

15 Llegando a concluir literalmente en el informe de 1952 que "los compromisos de la política partidista que, a menudo, desfiguraban y entorpecían las labores del Consejo y de los otros funcionarios cuya actividad se relacionaba con la Administración de la Carrera. A pesar de la ley y de las reglamentaciones en contrario, han ingresado a la Carrera Administrativa empleados de dudosas hojas de servicio, permitiéndoles aun que continúen en ella. Y, al contrario, a pesar de las disposiciones legales pertinentes, a muchos empleados se les ha removido de sus cargos por razones políticas o personales, sin que hayan podido objetar. La impunidad ha ayudado a que se descuiden las normas instituidas sobre personal, y los procesos ideados como defensa de los competentes se han utilizado para amparar la incompetencia y la mediocridad". Véase sobre los trabajos de reforma constitucional llevados a cabo a instancias de la Misión Currie a MIGUEL MALAGÓN PINZÓN y DIEGO NICOLÁS PARDO MOTTA, "Laureano Gómez, la Misión Currie y el proyecto de reforma constitucional de 1952", *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 2, Cali, 2009, pp. 7-33.

16 Véase sobre la utilización masiva de este mecanismo para el acceso a la función pública en Colombia desde la promulgación de la norma de 1968 a GERMÁN PUENTES GONZÁLEZ, "La carrera administrativa...", óp. cit., pp. 75 y ss.; y *La carrera administrativa en el marco de la función pública*, Bogotá: Centro de Estudios Políticos e Internacionales, 2009, pp. 53 y ss.

en régimen de carrera administrativa o lo que es lo mismo, independientes del poder ejecutivo.

## 2. FUNCIÓN PÚBLICA COLOMBIANA, CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

### 2.1. BASES CONSTITUCIONALES DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

En conexión con el contenido de múltiples tratados internacionales firmados por Colombia<sup>17</sup>, el artículo 40 de la Constitución de 1991 (en adelante, CCol) reconoce como derecho fundamental para los colombianos que no cuenten con doble nacionalidad el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, derecho que se concreta, entre otros, en el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40.7 CCol)<sup>18</sup>. En tal sentido y como indica la sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 5 de mayo de 2010, expediente D-7902, "la Constitución de 1991 modificó por completo el concepto de función pública que antaño se tenía en Colombia" por cuanto en adelante debía ser comprendida y aplicada en clave de derechos fundamentales. A diferencia de lo que ocurre en otros países de Iberoamérica, el término "servidor público" hace exclusivamente referencia en el ordenamiento colombiano a los empleados públicos y no a los cargos de elección popular<sup>19</sup>.

Con base en lo anterior, el capítulo 2 del título V se consagra a la regulación de la función pública, materializando constitucionalmente la lucha contra el nepotismo impulsada por el Constituyente<sup>20</sup>. En dicho combate la Corte Constitucional ha jugado un destacado papel desde el primer momento. Muestra de ello es la declaración de inexecutable del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2008 del Congreso de la República, que permitía modificar el contenido del artículo 125 de la Constitución mediante la sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 27 de agosto de 2009, expediente D-7616. El mismo declaraba posible la inscripción en la carrera administrativa extraordinaria y sin

17 Artículos 21.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos o artículo 23.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos 44, 93, 164 y 224 CCol, entre otros.

18 Lo que resulta criticable en la medida que "haberla reconocido carece de consecuencias benéficas para los interesados en retener su condición de colombianos, e injusto para quienes tienen esa doble condición desde el origen", como apunta SÁCHICA en "De los derechos, las garantías y los deberes" en JAIME VIDAL PERDOMO y LUIS CARLOS SÁCHICA, *Aproximación crítica a la Constitución de 1991*, Bogotá: Cámara de Comercio, 1991, p. 36.

19 Véase en tal sentido JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 243.

20 *Ibíd.*, p. 61.



necesidad de concurso durante un periodo de tres años a quienes a la entrada en vigor de la Ley 909 de 2004 ocuparan cargos vacantes como provisionales o encargados del sistema general de carrera, así como la interrupción durante ese periodo de los procedimientos de selección por concurso<sup>21</sup>.

Dando inicio al capítulo, el artículo 122 CCol establece la necesidad de que todo empleo público tenga funciones detalladas legal o reglamentariamente, siendo necesario que para la provisión de cargos remunerados estos se contemplen en la planta respectiva y exista una previsión presupuestaria en relación a sus emolumentos. Como norma general, el ingreso y ascenso de los cargos de carrera debe llevarse a cabo mediante concurso y previo cumplimiento de los méritos y calidades legalmente establecidos. La ley contempla de forma expresa la necesidad de que la vinculación política en ningún caso pueda servir como mérito para el acceso, el ascenso o la remoción en relación a un empleo de carrera (artículo 125 CCol). A su vez, el artículo 127 CCol determina que como norma general toda elección de un servidor atribuida a corporaciones públicas debe estar precedida de una convocatoria legalmente reglada. En la misma deben determinarse requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito en la selección, consagrados en el artículo 126 como los propios del acceso a la función pública colombiana.

Mérito y calidades constituyen así la manifestación material del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos del artículo 40.7 CCol<sup>22</sup>. La Corte Constitucional se ha pronunciado reconociendo las

21 En concreto, el texto del acto declarado inexecutable determinaba que "Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción [...]. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo."

22 Como hemos indicado en un trabajo anterior, "Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, mérito y capacidad serán la manifestación material del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a empleos y cargos públicos del artículo 23.2 CE, derecho con una sustantividad propia que no precisa en ningún caso de ser vinculado para su amparo procesal con el artículo 14 CE, pese a ser una especificación de este (sentencias del Tribunal Constitucional de España 75/1983 de 3 de agosto o 107/1983 de 2 de junio). Se trata de un derecho en relación al cual se da la protección reforzada establecida en el

singulares connotaciones del principio de igualdad en el ámbito del acceso al empleo público, al identificar la misma con la denominada "equivalencia proporcional", determinando que "lo que mide la igualdad en el sistema de carrera es la proporción entre los distintos empleados y las calidades requeridas para el cargo" y que, aunque "esa igualdad se determina por medidas objetivas [...] no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí"<sup>23</sup>. Debemos además tener en cuenta la necesaria proyección en este ámbito de los principios constitucionales de igualdad, libertad o proporcionalidad que han sido puestos de relieve a través de distintas resoluciones por parte de la Corte<sup>24</sup>.

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse además de forma reiterada sobre la relevancia del mérito como criterio central para el acceso. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 3 de mayo de 2007, expediente D-6542 —en sentido similar a lo que previamente había determinado la sentencia de la Corte Constitucional C-349 de 20 de abril de 2004, expediente D-4844—, puso de manifiesto que "los principios generales

artículo 53.2 CE y sobre el que existe reserva de ley. Su consagración constitucional y jurisprudencial implica la garantía jurídica de que la selección de empleados públicos no se lleva a cabo en España en base al *Spoils System* y de que los partidos políticos no tienen secuestrada la función pública a modo de 'botín electoral'. Véase en tal sentido JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ, "Sobre los límites a la discrecionalidad en las pruebas selectivas de la función pública: ¿han de ser precisos y detallados los temarios de oposición", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, Madrid, 2016, p. 369.

23 Corte Constitucional, sentencia C-195 de 21 de abril de 1994, expediente D-421.

24 Por todas, la sentencia C-934 de 11 de diciembre de 2013, expediente D-9661, de la Corte Constitucional, que compilando pronunciamientos anteriores determina: "las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, además, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho general a la igualdad, como los demás derechos y principios constitucionales que puedan verse involucrados (afectados, intervenidos) en la decisión. En tal sentido, las medidas deben ser razonables y proporcionales, juicio de igualdad de origen europeo, que ha constituido una herramienta analítica poderosa para la aplicación del concepto. Por esa razón, la Corte ha expresado que para que un trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad". Véase en dicho sentido YEZID CARRILLO DE LA ROSA y MILTON PEREIRA BLANCO, "Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública. Análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, Bogotá, 2017, pp. 65-83.

de la carrera administrativa se enfocan todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público". La Corte tuvo asimismo la ocasión de concretar el concepto de mérito en relación al acceso a la función pública estableciendo que no es el que corresponde

al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones merecedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio<sup>25</sup>.

Si el mérito es el criterio central, el concurso es el instrumento fundamental a partir del cual limitar la discrecionalidad administrativa y prescribir en la medida de lo posible todo atisbo de arbitrariedad en los procesos selectivos<sup>26</sup>. En tal sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado dejando de manifestar que el concurso se erige en el ordenamiento jurídico colombiano como el "mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa"<sup>27</sup>.

Sin embargo, a lo largo de sus pronunciamientos la Corte ha legitimado en ocasiones una interpretación constitucional de los principios de acceso apoyada en conceptos jurídicos indeterminados, lo que podría limitar las posibilidades de realizar una selección objetiva. Como ejemplo de ello, la sentencia de la Corte Constitucional C-040 de 9 de febrero de 1995, expediente D-652 vino a determinar que

de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, el concurso ha de evaluar 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

25 Corte Constitucional, sentencia C-123 de 13 de marzo de 2013, expediente D-9243.

26 En tal sentido, la sentencia C-211 de 21 de marzo de 2007 de la Corte Constitucional, expediente D-6469, determinó que "El concurso es [...] un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen [...], motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante'".

27 Corte Constitucional, sentencia C-901 de 2008, expediente OP-103.

calificación meramente objetiva es imposible, pues aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.

La gerencia de la rama judicial, por su parte, tiene reservada la celebración de los concursos relativos a los cargos incardinados en dicho poder, con el objeto de preservar su independencia (artículo 255 CCol, con fundamento en el artículo 16 del Acto Legislativo 02 de 2015). El artículo 266 de la Carta Constitucional establece que la elección del registrador nacional del Estado (así como la del resto de servidores públicos de la Registraduría Nacional, que conforman una carrera administrativa especial) debe realizarse mediante concurso de méritos (artículo 15 del Acto Legislativo 01 de 2003). Esta autonomía se reserva también para la Contraloría General de la República (artículo 268 CCol) y la Procuraduría General de la Nación (artículo 279 CCol).

La evaluación del desempeño también aparece expresamente referenciada en la Norma Fundamental de Colombia, contando de esta manera con rango constitucional. Así, el artículo 125 contempla entre las únicas causas de retiro del empleado de carrera, además de la violación del régimen disciplinario y el resto de causas constitucional y legalmente previstas, la "calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo"<sup>28</sup>.

## 2.2. LA DIFICULTAD PARA IMPULSAR EL CAMBIO EN EL MARCO DE UNA ADMINISTRACIÓN FRAGMENTADA

Concluyendo con la regulación constitucional de la función pública, el artículo 130 de la Constitución hace referencia a la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), que cuenta entre sus funciones con las de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos que no tengan un carácter especial. Su régimen se contiene en buena medida en la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones<sup>29</sup>.

Se trata de un órgano autónomo e independiente (sin vinculación directa con los poderes ejecutivo, legislativo o judicial) que cuenta con personalidad

28 En relación a esta figura, véase JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ, *Evaluación del desempeño en la Administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

29 Convive con la misma a nivel político el Departamento Administrativo de la Función Pública, como entidad gubernamental técnica, estratégica y transversal que impulsa el mejoramiento de la gestión de la función pública, y la Escuela Superior de la Administración Pública, con funciones vinculadas a la capacitación y la formación de los empleados públicos.

jurídica propia y autonomía administrativa, patrimonial y técnica<sup>30</sup>. Sus antecedentes legislativos en el ordenamiento jurídico colombiano se pueden rastrear hasta 1938, año de creación del Consejo Nacional de Administración y Disciplina regulado por la Ley 165<sup>[31]</sup>.

El grado jerárquico superior de la misma está formado por tres miembros o comisionados, ocupando uno de ellos el cargo de presidente. Su mandato se extiende por un periodo de cuatro años tras su selección mediante un concurso de méritos público y abierto que no coincide con el periodo de mandato presidencial. Para obtener la condición de comisionado es preciso ser colombiano de nacimiento, mayor de 35 años, contar con un título universitario en áreas afines a las funciones de la CNSC, haber obtenido un posgrado y contar con experiencia acreditada en los campos de función pública, recursos humanos o relaciones laborales durante un periodo mínimo de siete años en el ámbito de la Administración. El concurso lo convoca el Gobierno y se realiza alternativamente por la Universidad Nacional y la Escuela Superior de Administración Pública.

Su principal misión se centra en vigilar que el acceso y la promoción dentro del empleo público colombiano se lleven a cabo con base en la comprobación del mérito y las calidades de los aspirantes en relación con los cargos de carrera administrativa, al estilo de la *Merit Systems Protection Board* estadounidense<sup>32</sup> o la *Civil Service Commission* británica<sup>33</sup>. Por imperativo constitucional, esta función es ejercida en exclusiva por la CNSC en todo el país, sin que ningún otro órgano pueda llevarla a cabo, excepto en relación con carreras que tengan carácter especial<sup>34</sup>. Por su parte, el artículo 7 de la Ley 909 de 2004 la define expresamente como "órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público", siendo múltiples las funciones reconocidas a la entidad en la norma y en el reglamento de organización y funcionamiento<sup>35</sup>. Dentro de las

30 Como han establecido las sentencias de la Sala Constitucional C-372 de 26 de mayo 1999, expedientes acumulados D-2246 y D-2252, y C-1262 de 5 de diciembre de 2005, expediente D-5751.

31 Al mismo le sucederían la Comisión de Reclutamiento, Ascensos y Disciplina (regulado por la Ley 19 de 1958), la Comisión Nacional del Servicio Civil de 1960 (regulada por los decretos 1679 y 1732 de 1960) y el Consejo Superior del Servicio Civil (regulado por el Decreto 728 de 1968).

32 En relación al organismo estadounidense, surgido a partir de la Service Act Reform de 1978, consúltese LLOYD G. NIGRO y J. EDWARD KELLOUGH, *The new public personnel administration*, Boston: Cengage, 2013, pp. 152 y ss.

33 Véase sobre la creación de esta en el marco del servicio civil británico JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Madrid: Civitas, 2013, pp. 64 y ss.

34 Como reconocen expresamente las sentencias de la Sala Constitucional C-372 de 26 de mayo 1999, expedientes acumulados D-2246 y D-2252, y C-1262 de 5 de diciembre de 2005, expediente D-5751.

35 Véase sobre la relevancia de la norma en el proceso de profesionalización de la función pública colombiana RICARDO RIVERO ORTEGA, *Instituciones administrativas, desarrollo y control*

mismas, la Ley 909 distingue entre las relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa y las relativas a la vigilancia de la aplicación de las normas sobre la misma<sup>36</sup>.

*de la corrupción: el caso colombiano*, Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas, 2006; y "La regulación de la carrera administrativa en Colombia: la Carta Iberoamericana de la Función Pública y el principio meritocrático como punto de Arquímedes de la lucha contra la corrupción" en Miguel Ángel Domínguez Berrueta de Juan y Emmanuel Antonio Jiménez Franco (coord.), *Empleados públicos: estudios*, Salamanca: Ratio Legis, 2006, pp. 145-155.

36 Dentro de las mismas pueden destacarse a su vez como las más vinculadas al acceso al empleo público las de:

Artículo 11 de la Ley 909: "a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;

b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;

c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento; [...]

e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de exempleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;

f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior; [...]

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin".

Artículo 12 de la Ley 909: "a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;

c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición; [...]

g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;

La CNSC comparte competencias en materia de función pública con el Departamento Administrativo de Función Pública (DAFP), definido como la entidad técnica, estratégica y transversal del Gobierno Nacional dedicada al mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones de Colombia. Se trata del órgano más relevante en materia de dirección y gestión del empleo público. Al igual que la CNSC, el DAFP cuenta con antecedentes lejanos en el tiempo que se remontan a 1958<sup>37</sup>. Sus funciones, recogidas en el artículo 14 de la Ley 909 de 2004, pueden diferenciarse entre las vinculadas a la formulación de políticas públicas, instrumentos y orientaciones metodológicas, las relativas al establecimiento de procesos orientados a preservar la meritocracia en el acceso a cargos de libre nombramiento y remoción, y las relacionadas con la capacitación y formación de funcionarios a través de la Escuela Superior de Administración Pública, dependiente de este<sup>38</sup>.

La autonomía de la Comisión se ve de esta manera condicionada en la medida en que las políticas en materia de función pública no se centralizan en un único órgano y el Ejecutivo cuenta con la posibilidad de condicionarlas a través de la actividad del Departamento. Pero esta es no es la única dificultad con la que la CNSC se enfrenta de cara a cumplir la función que tiene encomendada. A la misma debemos sumarle la insuficiencia de su estructura para cumplir las finalidades que tiene encomendadas<sup>39</sup> y la limitación de su capacidad de acción que adelantábamos en líneas precedentes.

Ello es así por la existencia una gran cantidad de "sistemas especiales" de carrera vinculados a determinados grupos de empleados públicos (que van desde los que ejercen sus funciones al servicio de la Procuraduría o la Contraloría, a los que la ejercen al servicio de la Fiscalía o las universidades públicas)<sup>40</sup>. Su característica fundamental es el fundamento constitucional

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley".

37 La Ley 19 de 1958 creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil, antecedente de la actual institución, que ha ido mutando a lo largo del tiempo a través de distintas reformas administrativas con base en los decretos 3057 de 1968, 2169 de 1992, 1444 de 1999, 1677 de 2000, 1888 de 2004, 430 de 2016 o 666 de 2017.

38 Véase, en tal sentido, CAROLINA ISAZA ESPINOSA, "Disfuncionalidades del Servicio Civil en Colombia", *Reflexión Política*, n.º 16, Bucaramanga, 2014, p. 15.

39 Contando solo con 77 empleados en su organización en mayo de 2019, como consta en la información contenida en su página electrónica en cumplimiento de lo establecido por Ley 1712 del 6 de marzo de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Disponible en línea: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/directorio-de-funcionarios-actualizado> [consultado en mayo de 2019].

40 Véase en relación a las mismas como reflejo de la heterogeneidad y la fragmentación en la Administración colombiana RICARDO RIVERO ORTEGA y HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA, *Derecho administrativo general*, Bogotá: Ibáñez, 2017, pp. 268 y ss.

de su régimen autónomo y consiguiente desvinculación de las funciones de vigilancia y control que la CNSC ejerce, amparada por los pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>41</sup>.

A estos hay que añadir los denominados "sistemas específicos" (o sistemas especiales de origen legal), que vinculados a determinadas entidades públicas surgieron en buena medida durante la tramitación de la Ley 909 de 2004 y que se caracterizan por la gran autonomía con la que cuentan las instituciones a las que se encuentran adscritos los sistemas a la hora de modular la carrera administrativa de sus empleados. En este grupo se encuentran desde los empleados adscritos al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a los de la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil, pasando por los del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República<sup>42</sup>. Si bien no se encuentran completamente excluidos de las funciones de vigilancia y control ejercidas por la CNSC, pero la declaración de exequibilidad del artículo 4.3 de la Ley 909 de 2004, llevada a cabo por la sentencia de la Corte Constitucional C-1230 de 29 de noviembre de 2005, expediente D-5791, ha dado lugar a que estas funciones se deben llevar a cabo junto con el DAFP.

La gran cantidad de sistemas de carrera existentes al margen de la legislación general constituida básicamente por la Ley 909 de 2004 dificulta la implementación de una política homogénea y compacta para toda la función pública colombiana inspirada en los principios de profesionalización, responsabilidad o capacitación a los que alude el artículo 2.3 de la norma. El problema de base está posiblemente en que la Ley 909 de 2004, en lugar de configurarse como una norma básica y pese a determinar su aplicación supletoria incluso en relación con los sistemas especiales, se estructura en realidad como una ley de excepcionalidad que reconoce una gran cantidad de ámbitos ajenos al control de la CNSC o en los que el control se lleva a cabo en colaboración con el propio poder ejecutivo (en relación con los sistemas específicos).

La Corte Constitucional, a la hora de justificar la existencia de dichos sistemas, ha establecido un criterio que entendemos puede resultar excesivamente genérico. En tal sentido, la sentencia C-563 de 17 de mayo del 2000, expediente D-2639, determinó que en relación con su configuración el legislador habría de tener en cuenta "tanto la singularidad y especificidad de las funciones que corresponde cumplir a las distintas entidades estatales, como los principios básicos que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia", amparando la constitución de dichos sistemas en un "principio de razón suficiente".

41 DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho administrativo laboral*, 11.ª ed., Bogotá: Temis, 2009, p. 287. Véase en relación a dicha cuestión las sentencias C-391 de 16 de septiembre de 1993, expediente D-267; C-356 del 11 de agosto de 1994, expediente D-502; y C-746 de 6 de octubre de 1999, expediente D-2416.

42 CAROLINA ISAZA ESPINOSA, óp. cit., pp. 11 y 16.



Dicho principio implicaría una juiciosa y cuidadosa evaluación sobre la verdadera especialidad de las funciones que cumpla un determinado órgano o institución, garantizándose que con la incorporación del sistema se contribuye de forma efectiva y eficaz al cumplimiento y realización de las funciones asignadas por la Constitución y la ley a la entidad en cuestión, sin que se reconozcan diferencias de trato no justificadas que supongan una violación al principio de igualdad de trato. Evidentemente, ello en ningún caso podría llegar a justificar –prosigue la sentencia– que en el marco de dichos sistemas específicos se

establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.

Con anterioridad, la Corte Constitucional ya había puesto de manifiesto a través de la sentencia de la Corte Constitucional C-428 de 4 de septiembre de 1997 por los expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613 que

La igualdad, evidentemente, busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas. Sin embargo, la existencia de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para hechos que se encuentran cobijados bajo una misma premisa, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara y lógica que la convalide y que la doctrina constitucional ha denominado “principio de razón suficiente”. Por ello, el establecer formas de diferenciación y tratamientos distintos no necesariamente conduce a una discriminación, pues a esta solo se llega cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica.

Pese a la definición que la propia Corte nos da del denominado “principio de razón suficiente”, justificado en el principio de eficacia y amparado en un examen previo que ponga de manifiesto la especialidad de las labores a realizar, en la práctica nos encontramos ante la inclusión de un concepto jurídico indeterminado (tan común en el ámbito de la función pública) no ya localizado en el procedimiento de acceso, sino que sirve de coartada para justificar la creación de sistemas de carrera administrativa al margen de la vigilancia y control del órgano constitucionalmente encargado de cumplir dicha función desde una posición de independencia.

En la medida en que puede servir de argumento para permitir una fragmentación excesiva del sistema colombiano de empleo público, resultaría

fundamental una concreción del mismo que tenga en cuenta la función asignada en la norma fundamental a la CNSC respecto al control del mérito y las capacidades en relación al acceso y desarrollo de la carrera administrativa en relación a todos los sistemas, excepto los que tengan un carácter especial por razón de la Constitución, que no específico por razón de la ley<sup>43</sup>. En tal sentido, sería preciso revisar si realmente la diversificación de regímenes es en todo caso el resultado de una justificación razonable y lógica como advirtió la Corte en 1997 o no es así.

La atomización de regímenes supone en la práctica la anulación de la dimensión de norma básica y esencial del empleo público que debiera estar reservada a la Ley 909 de 2004. La norma, tras distinguir entre los distintos tipos de empleados públicos que existen en el país (carrera, libre nombramiento y remoción, periodo fijo y temporales), no determina qué empleados deben tener la consideración de empleados de carrera administrativa por la naturaleza de las funciones que ejercen, sino simplemente que como norma general todos tendrán dicha consideración a excepción de los expresamente excluidos por la norma.

### 2.3. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el sistema de carrera en Colombia tiene como finalidad garantizar el acceso igualitario a la función pública con base en los méritos y calidades de cada aspirante "con miras a lograr el efectivo cumplimiento de la función pública en beneficio de la colectividad en general"<sup>44</sup>. La Constitución reconoce como de interés general el acceso igualitario a la función pública.

43 Véase sobre la diferenciación entre los conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de potestades discrecionales de entre la extensa bibliografía que existe sobre la cuestión por todas a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 38, Madrid, 1962, pp. 159-205; y en el mismo sentido sobre la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados a ANTONIO ENBID IRUJO, "Las obras hidráulicas de interés general", *Revista de Administración Pública*, n.º 138, Madrid, 1995, pp. 69-105.

44 Así lo indican, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 21 de abril de 1994, expediente D-421; C-522 de 16 de noviembre 1995, expediente D-857; C-387 de 22 de agosto de 1996, expediente D-1137; o C-380 de 19 de agosto de 1997, expediente D-1539; determinando expresamente la sentencia C-401 de 19 de agosto de 1998, expediente D-1938, que "Por ello, el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera, se hace previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fija la ley, con el fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos. Además, el sistema de carrera administrativa garantiza a los servidores públicos estabilidad y permanencia en el cargo, lo cual hace que no puedan ser removidos del mismo, salvo que infrinjan las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias".

La Ley 909 de 2004 es la encargada de regular su régimen jurídico, si bien no podemos obviar en este punto la referencia a otras normas y reglamentos que han incidido de forma decisiva en el régimen de la función pública desde su aprobación, como el Programa para la Renovación de la Administración Pública (PRAP) impulsado desde 2002, la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, dedicada a la racionalización de la planta administrativa, la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) o la Ley 1474 de 2011, que regula el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano. Según los artículos 23 y 27 de la Ley 909 de 2004, la provisión de los empleos de carrera administrativa ha de venir en todo caso precedida de una selección en base al sistema de mérito en cuyo desarrollo se garanticen transparencia, objetividad y no discriminación. Pese a que la aseveración de dicho artículo hace referencia exclusiva a este tipo de empleos, hay que tener en cuenta que las exposiciones de motivos de los proyectos de ley 262 de 2003 de la Cámara y 233 de 2004 del Senado, antecedentes de la norma, pusieron de manifiesto que "el principio de mérito no se detiene exclusivamente en los contornos del empleo público de carrera, sino que extiende su radio de acción tanto a los trabajadores oficiales como a los puestos de gerencia pública".

Los principios que deben orientar el ingreso y el ascenso en el sistema de carrera se contemplan en el artículo 28 de la Ley 909 de 2004. El precepto cita expresamente los de mérito (definido como la demostración permanente de calidades académicas, experiencia y competencias para el desempeño no solo en el momento del ascenso, sino también de cara a la permanencia)<sup>45</sup>, libre concurrencia e igualdad en el ingreso (a partir de la acreditación de los requisitos exigidos en la convocatoria), publicidad (difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan su conocimiento por todos los potenciales candidatos), transparencia (tanto en los procesos como en la selección por parte de los encargados de la selección), especialización de los órganos técnicos encargados de la ejecución de los procesos, imparcialidad de los órganos con competencias en el proceso y de sus miembros, confiabilidad de los instrumentos utilizados para acreditar la capacidad y la competencia, eficacia y eficiencia.

Una particularidad relevante es la intervención en el proceso de selección –a partir de la firma de un contrato de prestación de servicios– de universidades públicas y privadas acreditadas para esta finalidad o para el adelantamiento de

45 En tal sentido, es preciso poner de manifiesto que el artículo 19.2.b de la Ley 909 establece que el diseño de cada empleo debe contener "El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo".

concursos por la misma (artículo 30 de la Ley 909 de 2004)<sup>46</sup>. Y esta no es la única referencia a la colaboración público-privada en la selección del empleo público contemplada en la normativa colombiana, que puede extenderse a la elaboración los proyectos de plantas de personal o de manuales de funciones y de requisitos (artículo 15.2.c de la Ley 909 de 2004). Se reproduce así en cierto modo la posibilidad de colaboración entre instituciones públicas y privadas en el proceso de selección de empleados públicos y otros ámbitos contemplada expresamente en legislación de otros países iberoamericanos<sup>47</sup>.

Tanto las funciones como los requisitos generales para el desempeño de los cargos de carrera se regulan por el Decreto 1785 del 18 de septiembre de 2014, por el cual se establecen las funciones y los requisitos generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones, cuyo contenido se integró después en el Decreto 1083 de 2015, del Sector de Función Pública. El artículo 8 de dicha norma establece como factores a tener en cuenta para determinar los requisitos generales la educación formal, la formación para el trabajo y desarrollo humano, y la experiencia.

Las fases del concurso se describen en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, desarrollándose reglamentariamente a partir de lo establecido por los decretos 4500 del 5 de diciembre de 2005 y 1227 del 21 de abril de 2005. En concreto, dentro del concurso de méritos para la selección del funcionario de carrera en Colombia se establecen las fases de:

a. Convocatoria, suscrita por la CNSC, el jefe de la entidad u organismo. Esta, en conexión con lo establecido por el artículo 122 CCol tendrá la consideración de "ley del concurso" al igual que ocurre con las bases en los procedimientos de oposición, resultando vinculante para todos los intervinientes en el proceso<sup>48</sup>.

46 La acreditación se lleva a cabo a partir de lo determinado en el Acuerdo del 22 de mayo de 2012, por medio del cual se adopta la *Guía Técnica para acreditación de las universidades públicas y privadas, instituciones universitarias e instituciones de educación superior, para adelantar los concursos o procesos de selección de ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa y se establece un costo*.

47 Véase, en tal sentido, el artículo 23 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834 sobre el Estatuto Administrativo de Chile.

48 Y en tal sentido, la sentencia 2706 de 2012 del Consejo de Estado *ad. ex.* determinó que "la Convocatoria constituye la regla del proceso de selección, de manera tal que es vinculante tanto para los concursantes como para la Administración" y la sentencia de la Corte Constitucional T-180 de 16 de abril de 2015, expediente T-4416069, determina asimismo que "La convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante".

A través del Decreto 1227 de 2005 se determinan tanto su contenido mínimo<sup>49</sup> como sus medios de difusión<sup>50</sup>. El ordenamiento jurídico colombiano prevé la posibilidad de que la convocatoria se modifique en cualquiera de sus aspectos antes de la fecha de iniciación de inscripciones o de la escogencia del empleo en la segunda fase o específica, e incluso después si la modificación se refiere al sitio, fecha y hora de las pruebas (artículo 14 del Decreto 1227 de 2005). Este margen de discrecionalidad precisa de un control basado en los principios constitucionales, pues como ha determinado expresamente la sentencia de la Corte Constitucional T-122 de 3 de marzo de 2014, expediente T-4016611, "cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa".

- 49 Según el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005: "- Fecha de fijación y número de la convocatoria.
- Entidad para la cual se realiza el concurso, especificando si es del orden nacional o territorial y el municipio y departamento de ubicación.
  - Entidad que realiza el concurso.
  - Medios de divulgación.
  - Identificación del empleo: denominación, código, grado salarial, asignación básica, número de empleos por proveer, ubicación, funciones y el perfil de competencias requerido en términos de estudios, experiencia, conocimientos, habilidades y aptitudes.
  - Sobre las inscripciones: fecha, hora y lugar de recepción y fecha de resultados.
  - Sobre las pruebas a aplicar: clase de pruebas; carácter eliminatorio o clasificatorio; puntaje mínimo aprobatorio para las pruebas eliminatorias; valor de cada prueba dentro del concurso; fecha, hora y lugar de aplicación.
  - Duración del período de prueba.
  - Indicación del organismo competente para resolver las reclamaciones que se presenten en desarrollo del proceso, y
  - Firma autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil".
- 50 En relación a la divulgación de la Convocatoria, el artículo 14 del Decreto 1227 de 2005 establece que la misma, incluyendo la información básica sobre los concursos, los lugares donde se fijarán o publicarán las convocatorias y quién adelantará el proceso de selección, debe llevarse a cabo a través de: "- Prensa de amplia circulación nacional o regional, a través de dos avisos en días diferentes.
- Radio, en emisoras oficialmente autorizadas y con cubrimiento nacional o regional en la respectiva circunscripción territorial, al menos tres veces diarias en horas hábiles durante dos días.
  - Televisión, a través de canales oficialmente autorizados, al menos dos veces en días distintos en horas hábiles.
  - Bandos (publicación efectuada por altavoces en lugares de concurrencia pública como iglesias, centros comunales u organizaciones sociales o sindicales, entre otros, por lo menos tres veces al día con intervalos, como mínimo, de dos horas, durante dos días distintos, uno de los cuales deberá ser de mercado) o edictos en los municipios de menos de 20.000 habitantes, sin perjuicio de que la divulgación se pueda efectuar por los medios antes señalados".

El aviso completo de convocatoria debe publicarse con al menos cinco días hábiles de antelación a la iniciación de las inscripciones

en un lugar de fácil acceso al público de la entidad para la cual se realiza el concurso, de la gobernación y de alcaldía respectivas y en las páginas web de las mismas, si las hubiere, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la entidad contratada para la realización del concurso (artículo 16 del Decreto 1227 de 2004).

Resultará imprescindible para hacer efectivo el respeto al principio de publicidad la referencia a los temas en relación con los cuales van a llevarse a cabo las pruebas<sup>51</sup> y que los mismos tengan relación con el puesto de trabajo a desempeñar con posterioridad para hacer acorde dicha convocatoria con los pronunciamientos constitucionales examinados en relación con el mérito.

b. Reclutamiento, que se define como la etapa que tiene como objetivo "atraer e inscribir el mayor número de aspirantes". Las inscripciones se llevan a cabo durante un plazo mínimo de cinco días, debiendo ampliarse el plazo en el supuesto de que no existan candidatos. A renglón seguido se produce la publicación de una lista de admitidos y no admitidos en la página electrónica y en un lugar visible de libre acceso, permaneciendo en dicho lugar hasta el inicio de las pruebas y teniendo la CNSC la competencia para resolver los recursos que en relación con la inclusión o no de los candidatos en la misma se hubiesen producido.

c. Aplicación de pruebas orientadas a apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los empleos y establecimiento de una clasificación de los candidatos en base a la anterior apreciación. Según lo determinado por el artículo 31.3 de la Ley 909 de 2004, las pruebas tienen un carácter reservado y solo serán de conocimiento por las personas indicadas por la CNSC en desarrollo de los procesos de reclamación.

En páginas precedentes pusimos de manifiesto cómo la Corte Constitucional había descrito el mérito como el conjunto de condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil requerido en relación con el cargo y las necesidades del servicio<sup>52</sup>. No son demasiadas las referencias legislativas y jurisprudenciales en Colombia para delimitar los términos, capacidad, idoneidad y adecuación que podemos identificar con el término calidades expresamente mencionado en el artículo 125 CCol. En tal sentido, la sentencia de la Corte Constitucional C-040 de 9 de febrero de 1995, expediente D-652, aclaró que

se busca la evaluación del candidato no solo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con

51 Concepto 189101 de 2015 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

52 Corte Constitucional, sentencia C-123 de 13 de marzo de 2013, expediente D-9243.

el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc., para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

La Corte avaló así en dicha resolución la permanencia de conceptos jurídicos indeterminados en el proceso de selección. Se trata de los relativos a las condiciones morales del aspirante, la capacidad para relacionarse con el público, el comportamiento social o la capacidad para relacionarse con las personas, en exceso subjetivos en cuanto a su posible apreciación u otros que entendemos podrían ser directamente inconstitucionales como los relativos a los antecedentes personales y familiares. Estos conceptos pueden dar pie a la inclusión de ámbitos de inmunidad de control administrativo en el proceso de selección –vinculados a la denominada discrecionalidad técnica– que entendemos debe ser desterrada en la medida de lo posible de los procesos de selección<sup>53</sup>.

El Decreto 1227 de 2005 establece la tipología de las pruebas admisibles (y que deben referenciarse, junto al valor ponderado que se les otorga dentro del cómputo global de la calificación del aspirante), pudiendo ser estas de carácter oral, escrito, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, evaluación de cursos llevados a cabo durante el proceso de selección y otros medios técnicos, siempre que respondan a los criterios de objetividad e imparcialidad, en base a parámetros de calificación determinados previamente.

Tienen que darse pruebas de al menos dos tipos (debiendo ser al menos una escrita o de ejecución, o sea práctica) y si una de ellas fuera la entrevista se establece la necesidad de que la misma se realice por un jurado compuesto por un mínimo de tres personas que dejen constancia por escrito de las razones de la descalificación o aprobación del aspirante. Los nombres de los tres miembros del jurado tienen que darse a conocer con una anticipación mínima de tres días antes de la realización de la entrevista, no pudiendo tener la entrevista un valor ponderado mayor al 15%. La información relativa a las pruebas debe consignarse en informes firmados, tanto por el responsable de adelantar el proceso de selección, como por el responsable de adelantar la prueba. Los mismos se harán públicos, tanto en la página electrónica de la entidad, como en carteleras visibles al público. Sobre la resolución de los procesos vinculados

53 Véase en dicho sentido ENRIQUE RIVERO YSERN y RICARDO RIVERO ORTEGA, "¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010", en Eduardo García de Enterría Martínez-Carande y Ricardo Alonso García (coord.), *Administración y justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández I*, Madrid: Thomson-Reuters, Civitas, 2012, pp. 2.063 y ss.; y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", *Revista de Administración Pública*, n.º 196, Madrid, 2015, pp. 211-227.

a las posibles reclamaciones tienen competencia o la CNSC o la propia entidad delegada, en función de lo determinado por el decreto aplicable.

Ante la subjetividad de la entrevista como prueba para el acceso sería aconsejable la disminución de su peso relativo en el cómputo global del proceso, si bien es preciso destacar que con buen criterio y en contraste con los ordenamientos de otros países de la región la normativa colombiana establece la necesidad de grabarla en medio magnetofónico. Asimismo, se establece la necesidad de que dicha grabación se incorpore al archivo del concurso, soporte documental del procedimiento, durante al menos seis meses desde el momento de expedición de la lista de elegibles.

d. Elaboración de listas de elegibles, llevada a cabo por la CNSC en estricto orden de mérito en un plazo máximo de cinco meses desde que se produjo la convocatoria y divulgada a través, tanto de su página electrónica, como de los lugares de acceso al público de la entidad. El artículo 31 del Decreto 1227 de 2005 establece como criterios de desempate, en primer término, la situación de discapacidad; en segundo término, la inscripción en el Registro Público de Carrera (o lo que es lo mismo, la previa pertenencia a la función pública); y, en tercer término, el haber votado en las elecciones anteriores<sup>54</sup>. La lista se facilita a la entidad en un plazo máximo de diez días, produciéndose posteriormente el nombramiento para el periodo de prueba.

Uno de los avances significativos impulsados por la Corte en este punto es sin duda el desterramiento de las ternas existentes en los procesos de selección de numerosos países de Iberoamérica como práctica generalizada para la selección de empleados públicos. En tal sentido, la anterior resolución determinó la necesidad de estructurar la lista de elegibles a un determinado puesto de trabajo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso. Concretamente indicó que

cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados estos, quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias<sup>55</sup>.

54 El sufragio, obligatorio en diversos países de Iberoamérica, como Brasil, Paraguay, Perú o República Dominicana, no lo es en Colombia. Sin embargo, la Ley 403 del 27 de agosto de 1997, por la cual se establecen estímulos para los sufragantes, contempla entre los mismos el de ser elegido con preferencia "frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado" (artículo 2.3 de la Ley 403 de 1997).

55 Sentencia de la Corte Constitucional C-040 de 9 de febrero de 1995, expediente D-652.



e. Periodo de prueba, durante un plazo de seis meses tras los que será preciso someterse a un procedimiento de evaluación del que debe derivar un resultado satisfactorio, siempre y cuando el empleado no estuviera previamente inscrito en la carrera administrativa. Posteriormente se produce la inscripción del empleado en el Registro Público de Carrera Administrativa. El periodo se inicia con la inducción (periodo de formación), previendo la norma su posible interrupción por diversas causas<sup>56</sup>.

El periodo de prueba culmina con una evaluación del desempeño que debe tener un carácter satisfactorio, siendo en caso contrario declarada insubsistente y retirada del servicio<sup>57</sup>. La superación de esta última etapa, que tiene una duración de seis meses, es la que genera derechos de carrera pudiendo producirse con anterioridad la desvinculación únicamente por las causas expresamente previstas en la ley<sup>58</sup>.

Como indica la sentencia 03121 de 2007 del Consejo de Estado y en conexión con la jurisprudencia constitucional anteriormente examinada, a partir de los resultados del concurso se formará la lista de elegibles conformada por los aspirantes aprobados en estricto orden de mérito. En cuanto al control de las posibles irregularidades del proceso, este le corresponderá, como adelantábamos en páginas precedentes, a la CNSC bien de oficio –pudiendo dejar sin efecto de forma total o parcial el proceso de selección– o bien a instancia de parte, a partir de una reclamación presentada durante los cinco días hábiles inmediatamente posteriores a la celebración de la última prueba de las que componen el concurso.

## CONCLUSIONES

La conformación constitucional del Estado colombiano desde el siglo XIX se fundamenta en postulados liberales proyectados en relación con el acceso al empleo público tanto en la preservación del principio de igualdad como en el mantenimiento de la independencia del poder político. Sin embargo, el reparto de cargos entre distintos partidos o facciones políticas ha estado históricamente en la génesis de algunos de los conflictos armados que ha vivido el país durante décadas. Esta realidad, ha devenido en situaciones de excepcionalidad política y, como consecuencia de lo anterior, en un refuerzo del presidencialismo que ha afectado acusadamente durante determinados periodos al principio de igualdad en el acceso a empleos o cargos públicos.

56 Como el parto, aborto o parto prematuro no viable (artículo 42 del Decreto 1227 de 2005) o la obtención de licencia de maternidad (Concepto 59921 de 2017 del Departamento Administrativo de la Función Pública).

57 Concepto 80201 de 2014 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

58 Concepto 234471 de 2016 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Aunque la Constitución de 1886 y de forma aún más acusada la de 1991 han hecho una apuesta por la profesionalización de la función pública en Colombia, la política legislativa en la materia a lo largo de buena parte del siglo XX ha dejado recodos que facilitaron la vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo público, de lo que da buena muestra el mecanismo de la inscripción extraordinaria, proscrito definitivamente a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La consagración constitucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano autónomo encargado de la preservación del principio de igualdad en la selección y promoción de empleados públicos, exige dotarla de la capacidad de acción suficiente en los planos material y competencial. Esto, en la medida que el denominado principio de razón suficiente ha servido como justificación para impulsar una gran cantidad de regímenes específicos de carrera administrativa, lo que dificulta la implementación de una política integral y homogénea en materia de profesionalización de la función pública.

Reforzando la CNSC podría limitarse a su vez la colaboración con entidades privadas en relación con cuestiones tales como la selección o la elaboración de proyectos de plantas de personal o de manuales de funciones y requisitos. Pese a los esfuerzos del Legislador, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Comisión Nacional del Servicio Civil para impulsar los principios de objetividad y transparencia en el proceso de selección –materializados en la necesidad de grabar las entrevistas realizadas en los procesos de selección e incorporarlas a los expedientes, o en la expresa prohibición de una selección no fundamentada estrictamente en la puntuación obtenida durante el proceso–, difícilmente dicho objetivo es conciliable con la pervivencia de conceptos jurídicos indeterminados expresamente reconocidos como válidos por parte de la Corte Constitucional como el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público o su comportamiento social.

Los ámbitos de discrecionalidad que pueden encontrarse en la reglamentación del proceso de selección, más allá de la necesaria verificación de los actos reglados de la actuación administrativa, deben confrontarse con los principios de libertad, igualdad o proporcionalidad, como ha puesto de manifiesto la Corte a través de distintas sentencias. No obstante, los informes trimestrales de gestión emanados de la CNSC y el DAFP ponen de manifiesto el incremento en el grado de profesionalización del empleo público bajo la perspectiva de la eficacia y la transparencia en la selección desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991 traducida, entre otras cuestiones, en el incremento de la presencia de mujeres en cargos directivos<sup>59</sup>. El contenido de las normas

59 Ello fundamentalmente a partir de lo establecido por la Ley 581 del 31 de mayo de 2000, "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones".

reglamentarias y la actividad de la Corte Constitucional ponen de manifiesto el decidido compromiso de los distintos poderes públicos por seguir profesionalizando la función pública colombiana.

La evolución revisada a lo largo de las páginas precedentes constata que la existencia o extinción de conflictos armados no debería servir de ningún modo como excusa para romper el equilibrio propio de la división de poderes interrumpiendo un proceso largo y costoso. La estabilidad política y social que vive el país durante la última década junto a los precedentes legislativos y jurisprudenciales que hemos venido analizando hacen previsible el ahondamiento futuro en el proceso de profesionalización, que se adivina fundamental para garantizar el desarrollo económico y la cohesión social de Colombia en el futuro. El reforzamiento de los recursos y competencias de la CNSC, la limitación de conceptos jurídicos indeterminados, el control de la discrecionalidad y la limitación de regímenes específicos de carrera administrativa suponen una base jurídica necesaria para seguir avanzando en la profesionalización de la función pública del país.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

CARRILLO DE LA ROSA, YEZID Y MILTON PEREIRA BLANCO. "Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública. Análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, Bogotá, 2017, pp. 65-83.

CASTILLO BLANCO, FEDERICO Y JAVIER QUESADA LUMBRERAS. "La profesionalización de la función pública local en Iberoamérica: evolución, modelos y propuestas". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 302, Madrid, 2006, pp. 219-241

CORTÁZAR VELARDE, JUAN CARLOS, MARIANO LAFUENTE Y MARIO SANGINÉS (eds.). *Una década de reformas del servicio civil en América Latina (2004-2013)*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014.

ECHIVARRÍA, KOLDO. "El papel de la profesionalización del empleo público en Iberoamérica". En Francisco Longo y Carlos Ramió (ed.), *La profesionalización del empleo público en América Latina* (pp. 27-48). Barcelona: CIDOB, 2008.

ENBID IRUJO, ANTONIO. "Las obras hidráulicas de interés general". *Revista de Administración Pública*, n.º 138, Madrid, 1995, pp. 69-105.

EVANS, PETER Y RAUCH, JAMES E. "Bureaucracy and Growth: A Cross-National Analysis of the Effects of 'Weberian' State Structures on Economic Growth". *American Sociological Review*, vol. 64, n.º 5, Los Angeles, 1999, pp. 748-765.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece". *Revista de Administración Pública*, n.º 196, Madrid, 2015, pp. 211-227.
- FUENTETAJA PASTOR, JESÚS ÁNGEL. *Pasado, presente y futuro de la función pública*. Madrid: Civitas, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, EDUARDO. "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 38, Madrid, 1962, pp. 159-205.
- ISAZA ESPINOSA, CAROLINA. "Disfuncionalidades del Servicio Civil en Colombia". *Reflexión Política*, n.º 16, Bucaramanga, 2014, pp. 6-19.
- LONDOÑO, ROCÍO, OSCAR SAIDIZA, OMAR SALINAS Y MARIANA PEREA. *La trayectoria histórica del servicio civil y la función pública en Colombia*. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018.
- MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL Y DIEGO NICOLÁS PARDO MOTTA. "Laureano Gómez, la Misión Currie y el proyecto de reforma constitucional de 1952". *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 2, Cali, 2009, pp. 7-33.
- MARTÍNEZ PUÓN, RAFAEL. "Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Iberoamérica: buenas y malas noticias". *Enfoques*, n.º 9, Santiago, 2008, pp. 127-143.
- MONTERO MONTERO, GREGORIO. "La profesionalización de la Función Pública: el desafío inconcluso para el fortalecimiento de la gestión pública". *Revista Centroamericana de Administración Pública*, n.º 62-63, San José de Costa Rica, 2012, pp. 25-38.
- NIGRO, LLOYD G. Y J. EDWARD KELLOUGH. *The new public personnel administration*. Boston: Cengage, 2013.
- OSZLAK, ÓSCAR. "La profesionalización del servicio civil en Iberoamérica: impactos sobre el proceso de democratización". En *La democracia de ciudadanía: una agenda para la construcción de ciudadanía en Iberoamérica* (pp. 96-125). Washington: Organización de Estados Americanos, 2009.
- PUNTES GONZÁLEZ, GERMÁN. "La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?". *Desafíos* vol. 11, Bogotá 2010, pp. 59-106.
- PUNTES GONZÁLEZ, GERMÁN. *La carrera administrativa en el marco de la función pública*. Bogotá: Centro de Estudios Políticos e Internacionales, 2009.
- RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ. "Sobre los límites a la discrecionalidad en las pruebas selectivas de la función pública: ¿han de ser precisos y detallados los temarios de oposición". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, Madrid, 2016.

*El acceso a la función pública en Colombia: discrecionalidad del ejecutivo y control judicial...* 69

RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ. *Evaluación del desempeño en la Administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción: el caso colombiano*. Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas, 2006.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. "La regulación de la carrera administrativa en Colombia: la Carta Iberoamericana de la Función Pública y el principio meritocrático como punto de Arquímedes de la lucha contra la corrupción". En Miguel Ángel Domínguez Berrueta de Juan y Emmanuel Antonio Jiménez Franco (coord.), *Empleados públicos: estudios* (pp. 145 a 155). Salamanca: Ratio Legis, 2006.

RIVERO ORTEGA, RICARDO Y HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA. *Derecho administrativo general*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

RIVERO YSERN, ENRIQUE Y RICARDO RIVERO ORTEGA. "¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010". En Eduardo García de Enterría Martínez-Carande y Ricardo Alonso García (coord.), *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández I*. Madrid: Thomson-Reuters, Civitas, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME. "Derecho administrativo y administración pública en Iberoamérica". En Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Libardo Rodríguez Rodríguez, (dirs.), y Carmen Rodríguez-Martín Retortillo (coord.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano* (pp. 1-24). Granada: Comares, 2016.

VIDAL PERDOMO, JAIME Y LUIS CARLOS SÁCHICA. *Aproximación crítica a la Constitución de 1991*. Bogotá: Cámara de Comercio, 1991.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho administrativo laboral*, 11.ª ed. Bogotá: Temis, 2009.

#### JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-391 de 16 de septiembre de 1993, expediente D-267.

Sentencia C-356 de 11 de agosto de 1994, expediente D-502.

Sentencia C-195 de 21 de abril de 1994, expediente D-421.

Sentencia C-040 de 9 de febrero de 1995, expediente D-652.

Sentencia C-522 de 16 de noviembre 1995, expediente D-857.

Sentencia C-387 de 22 de agosto de 1996, expediente D-1137.

Sentencia C-380 de 19 de agosto de 1997, expediente D-1539.

Sentencia C-428 de 4 de septiembre de 1997, expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613.

Sentencia C-401 de 19 de agosto de 1998, expediente D-1938.

Sentencia C-372 de 26 de mayo 1999, expedientes acumulados D-2246 y D-2252.

Sentencia C-746 de 6 de octubre de 1999, expediente D-2416.

Sentencia C-563 de 17 de mayo del 2000, expediente D-2639.

Sentencia C-1230 de 29 de noviembre de 2005, expediente D-5791.

Sentencia C-1262 de 5 de diciembre de 2005, expediente D-5751.

Sentencia C-211 de 21 de marzo de 2007, expediente D-6469.

Sentencia C-901 de 2008, expediente OP-103.

Sentencia C-123 de 13 de marzo de 2013, expediente D-9243.

Sentencia C-934 de 11 de diciembre de 2013, expediente D-9661.

Sentencia T-122 de 3 de marzo de 2014, expediente T-4016611.

Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015, expediente T-4416069.