

Medellín, 23 de junio de 2017

Honorables

**MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL**

Bogotá D.C.



D-12223

Asunto: **Acción de inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 3 del artículo 332 de la Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016.**

Honorables Magistrados,

**FRAN ESTEBAN BETANCUR GIRALDO**, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.534.178 de Itagüí, obrando en nombre propio, domiciliado y residente en la ciudad de Medellín, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer acción de inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 3 del artículo 332 de la Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016, publicada en Diario Oficial No. 50.101 del 29 de diciembre del mismo año, por cuanto son contrarios a la Constitución Política (C.P.) en sus artículos: 1, 2, 4, 13, 25, 29, 40 (numeral 7), 53, 93, 94, 125 y 209.

## I. NORMA ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL

*"LEY 1819 DE 2016*

*(diciembre 29)*

*Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016*

### CONGRESO DE LA REPÚBLICA

*Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.*

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

PARTE XIV.

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.

(...) ARTÍCULO 332. ENCARGO Y NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, los empleos pertenecientes al sistema específico de carrera en vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos en forma transitoria mediante la figura del encargo o del nombramiento en provisionalidad.

El nombramiento en provisionalidad procederá, ante la inexistencia de empleados de carrera a ser encargados. La inexistencia de personal a encargar se produce por cualquiera de los siguientes eventos.

1. No cumplimiento de requisitos para el desempeño de los empleos a proveer.
2. Por haber renunciado o no aceptado un encargo en el último año.
3. El estar desempeñando un empleo en calidad de encargo. (...)”.

Se demandan los numerales 2 y 3 atrás resaltados y subrayados, del artículo transcrito.

## II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

A continuación, se consagran las normas constitucionales infringidas:

### CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

(Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991)

“ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

**“ARTICULO 4.** 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.

*Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”*

**“ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

**“ARTICULO 25.** 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”.

**“ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

**“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 (...).”

**“ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...).”*

**“ARTÍCULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en

esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

**“ARTÍCULO 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

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

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

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

**“ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

## **2) BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Al amparo de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de 1991, a continuación, se plasman las normas del bloque de constitucionalidad violadas:

**Declaración Universal de Derechos Humanos de la cual Colombia es signataria.**  
**Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948**

*“Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...).”*

*“Artículo 21. (...) 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (...).”*

*“Artículo 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (...).”*

**Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobado por Colombia a través de la Ley 16 de 1972**

*“Artículo 23. Derechos Políticos. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...)*

*c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. (...).”*

*“Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968**

*“Artículo 7. (...) c). Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda (...).”*

*“Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán (...)*

*c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”*

### III. FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

#### VIOLACION DEL ARTICULO 1 DE LA C.P.

Castigar un (1) año a un funcionario escalafonado para ser encargado, por no haber aceptado un encargo o haber renunciado a él, así como no encargar nuevamente a los empleados (ya en encargo) cumpliendo requisitos para ocupar una vacante de superior jerarquía, vulnera la dignidad humana de los funcionarios en dichas situaciones. El

respeto a la dignidad humana fijado como fundamento de nuestro Estado Social de Derecho, es transgredido por la norma demandada al desconocer la autonomía de los individuos para determinarse y desarrollar su proyecto de vida, tal como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia T-881/02:

*“La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, por que lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente.”*

Pueden ser muchas las razones legítimas para renunciar o no aceptar un encargo, y las personas que deciden trabajar en la DIAN, que están encargadas, ven cercenada la posibilidad de seguir creciendo en todos los ámbitos posibles en su relación laboral, al solo poder acceder a un encargo, por una norma restrictiva y odiosa, que ataca las tres dimensiones de la dignidad humana, sintetizadas por la Honorable Corte.

#### **VIOLACION DEL ARTICULO 2 DE LA C.P.**

Las normas demandadas violan el artículo 2 de la Constitución Política, por cuanto infringe el orden justo que guarda este aparte. Es totalmente injusto que ante la existencia de una vacante de carrera administrativa a quien ya está encargado le digan que no lo encargan, por ese mismo hecho, y en ese empleo vacante de superior jerarquía terminen nombrado alguien en provisionalidad, no escalafonado, que no ha demostrado sus calidades, como si lo ha hecho el de carrera. Igual injusticia es para aquel que renunció o no aceptó el encargo.

Pero más injusto es, si lo apreciamos bajo la óptica del numeral 2 del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016, el cual impone una “sanción” para quien no aceptó o renunció a un encargo durante el año inmediatamente anterior, aspecto que viola de paso la libre voluntad, la libertad, en aras de desplazar el derecho al encargo y ceder ese derecho a alguien ajeno a la carrera administrativa, para que sea nombrado en provisionalidad.

También se ve afectada la promoción de la prosperidad general, pues el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, encuentra una mayor efectividad con el desempeño en cargos de mayor responsabilidad, de empleados escalafonados, con experiencia y

conocimiento demostrado, mientras que los nombrados en provisionalidad, ajenos a la DIAN, deberán ser inducidos y entrenados, por largo tiempo, para que lleguen a ser efectivos.

En este mismo sentido, se debe tener en cuenta lo consagrado por la Corte Constitucional en las siguientes sentencias:

*“El ingreso a los empleos públicos de las personas más idóneas y capacitadas para el cumplimiento de los propósitos misionales de las instituciones estatales es un presupuesto ineludible para la eficacia de los derechos constitucionales, en los términos del artículo 2 C.P. De igual manera, los concursos públicos basados en el mérito de los aspirantes y la estabilidad en el empleo propia del régimen de carrera administrativa, son características que se muestran constitucionalmente valiosas en términos de realización del principio democrático en la administración pública. En efecto, la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado”. (Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño).*

*“Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el ejercicio de esta potestad del Legislador para regular los requisitos de acceso a cargos públicos tiene como finalidad salvaguardar el interés general, garantizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos del artículo 209 Superior, y propender por el logro de los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de las Constitución”. (Sentencia C-651 de 2006 - MP. Clara Inés Vargas Hernández).*

Destaco el espíritu de la reforma tributaria en el tema de carrera administrativa, resaltando, lo escrito en páginas 161 y 162 de la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”:

*(...) Igualmente se requiere la realización de todo el trámite administrativo pertinente por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que finalmente pueda efectuarse cualquier ascenso por mérito de los empleados de la DIAN inscritos en la carrera administrativa.*

*Como una consecuencia de la prolongada duración de este proceso administrativo, se produce un desestímulo a la labor que se cumple por los servidores de la DIAN.*

*Para la prestación oportuna del servicio a cargo, la DIAN en muchas ocasiones se ve forzada a acudir a asignar labores a ciertos servidores que no corresponden al cargo para el cual oficialmente fueron designados ni al nivel propio de este, sino a uno superior que por su propia formación está en condiciones de desempeñar y efectivamente desempeñan con una asignación salarial y prestacional inferior a la que devengan los que sí se encuentran nombrados en propiedad, asunto este que dentro de la entidad ocasiona insatisfacción de orden laboral por la notoria injusticia que ello implica con la posibilidad de conflictos de orden jurídico hacia el futuro.*

*Por lo tanto, existe una disfuncionalidad de la planta de personal de la DIAN que, hasta ahora, no ha sido posible superar. La situación descrita en vez de disminuirse tiende a*

agravarse hacia el futuro, pues por lo ya expuesto la normativa vigente no corresponde a la realidad fáctica y a las necesidades del servicio para el cumplimiento de la función pública que corresponde a la DIAN.

De otra parte, las necesidades de desarrollo para el país, los cambios de su entorno económico, las tendencias del comercio internacional y las tecnologías de la información y las comunicaciones requieren una atención adecuada por parte de la administración tributaria y aduanera colombiana<sup>113</sup>. La reforma tributaria y el nuevo Estatuto Aduanero se constituyen también en mecanismos para adecuarse a estos retos. Todos estos aspectos le plantean a la administración tributaria la exigencia de contar con una capacidad operativa superior a la que existe hoy" (Subrayas fuera de texto)

Vemos en las líneas anteriores la intención de ser justos y de incrementar la capacidad operativa, pero con la introducción de los numerales 2 y 3 del artículo 332 en la reforma referida, se acrecienta la injusticia que ha golpeado a los empleados de carrera de la DIAN durante muchos años y en nada aumenta la capacidad de operación, antes la disminuyen, en tanto ingresan personas sin la experiencia y los conocimientos, que si tiene los funcionarios escalafonados. Permitir que esta norma continúe en nuestro ordenamiento jurídico, es asentar el timo que el Legislador, pretende hacer a la Carta Magna.

#### VIOLACION DEL ARTICULO 4 DE LA C.P.

La Constitución Política es norma de normas, y debe prevalecer sobre las demás, los numerales demandados son contrarios a las normas constitucionales invocadas, y por tanto en ningún momento se puede aceptar en nuestro ordenamiento jurídico, normas contrarias a la Constitución, pues constituyen una burla a los fines esenciales del estado, a los derechos, garantías, libertades y principios que consagra la Norma Superior, por no ser coherentes y consistentes con los preceptos constitucionales, muy especialmente con el mérito.

Veintiséis años, tiene de promulgada la Constitución Política de Colombia, y aun no se percibe claramente, un acatamiento que garantice y haga efectivo el principio del mérito, que contribuya a la igualdad de trato para acceder a la función pública y a la estabilidad dentro del sistema de carrera administrativa, en condiciones dignas y justas.

El Estado debe garantizar a los ciudadanos igualdad de oportunidades para acceder al servicio público, lo cual es efectivo cuando se atiende a las calidades de la persona tanto para el ingreso, como para el ascenso dentro de la carrera administrativa. No puede ser el mismo Estado el primer infractor de la carrera administrativa, pues con la existencia de los numerales cuestionados, se mengua ostensiblemente la efectividad de la carrera, y se sitúa la ley por encima de la Constitución.

#### VIOLACION DEL ARTICULO 13 DE LA C.P.

Para comprender la violación del derecho fundamental a la igualdad, por los numerales demandados, debe primero hacerse visible la carrera administrativa como un sistema, pues las normas no pueden crearse de manera atomizada, y menos las de carrera administrativa, reconocida como principio constitucional. Las nuevas normas de carrera han de llegar a nutrir una estructura existente y armonizar con el todo y sus partes, en especial con la Norma Superior, de no ser así, qué sentido tendría el artículo 4 constitucional, al establecer la Carta como "norma de normas"; esta exigencia demanda consistencia y coherencia legislativa. En este entorno, el sistema especial de carrera de

la DIAN, de origen legal (llamado también específico), no es una rueda suelta, con licencia para desconocer los postulados constitucionales, ni los derechos y libertades de los funcionarios escalafonados de la DIAN. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional en múltiples sentencias, los sistemas específicos son legítimos, en la medida que respeten los postulados esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general, y tal especificidad está dirigida exclusivamente a la posibilidad de flexibilizar las garantías y reglas previstas en el régimen general de carrera. Lo anterior ha sido recalcado por la Corte en las siguientes sentencias, entre otras:

#### Sentencia C-285/15

*“El sistema de carrera hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991. A esa conclusión ha llegado este Tribunal con fundamento en tres (3) criterios: (i) Criterio histórico. Según este, “durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de ‘amiguismo’ o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes”. (ii) Criterio conceptual. Desde esta perspectiva, la carrera administrativa es un principio de naturaleza constitucional que cumple el doble propósito de “servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público”, así como “conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes”. (iii) Criterio teleológico. Sobre el particular la Corte ha señalado que el régimen de carrera apunta a la realización de varios fines constitucionalmente valiosos: “cumplir con los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público”, a través del concurso público de méritos que permite la escogencia de los aspirantes más idóneos; protege el derecho político de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (arts. 13 y 40-7 CP), con la exigencia de un concurso público abierto y democrático en el que solo se deben evaluar las aptitudes y capacidades de los aspirantes; y por último, hace efectivos los derechos subjetivos de los empleados públicos, en especial en cuanto a su estabilidad laboral (art. 53 CP).”*

(..)

*“La carrera administrativa en Colombia se organiza en tres grandes categorías o modalidades: (i) El sistema general de carrera, al que hace referencia el artículo 125 de la Constitución, regulado en la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. Su campo de aplicación está definido en el artículo 3º de dicha normativa y comprende una gran parte de los empleos en la administración pública en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado. (ii) Los sistemas especiales de origen constitucional, que por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, siempre con observancia de los*

principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad. Al respecto la jurisprudencia ha identificado los regímenes de las universidades estatales (art. 69 CP), de las Fuerzas Militares (art. 217 CP), de la Policía Nacional (art. 218 CP), de la Fiscalía General de la Nación (art. 253 CP), de la Rama Judicial (art. 256-1 CP), de la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 CP), de la Contraloría General de la República (art. 268-10 CP) y de la Procuraduría General de la Nación (art. 279 CP). **(iii) Los sistemas especiales de carrera de origen legal. Son aquellos que pesar de no tener referente normativo directo en la Carta Política, se conciben como una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública.** (Subraya fuera de texto)

#### **Sentencia C-984/10**

“La Corte ha deducido que “en materia de sistemas específicos de origen legal, la facultad del legislador está circunscrita exclusivamente a la posibilidad de **“flexibilizar” las garantías y reglas previstas en el régimen general de carrera,** en procura de adaptar estas últimas a la singularidad y especificidad de las funciones que le hayan sido asignadas a una determinada entidad, manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”. De conformidad con estos planteamientos, el legislador debe “optar en primera instancia por el régimen de carrera ordinaria y sólo podrá establecer regímenes de libre nombramiento y remoción o regímenes especiales que flexibilicen las garantías de carrera, cuando para ello exista una razón suficiente”.

#### **Sentencia C-175/06**

“En cuanto a las carreras especiales, la Corte Constitucional ha precisado que su creación obedece a la especificidad de labores que pretende regular, pues si la selección del personal se hace con base en la carrera administrativa no podría la entidad cumplir con las funciones especiales que le han sido asignadas[4]. Esto, ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como la necesidad de que exista una razón suficiente para que el legislador opte por la creación de un régimen especial, apartándose de la aplicación de la carrera administrativa[5]. No obstante, la particularidad de la regulación de las carreras especiales no las exime de la sujeción a los principios y reglas de la carrera administrativa general, teniendo en cuenta que: **“Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos**

mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”[6].

[4] Sentencia C-563/00.

[5] Cfr. Sentencias C-195/94, C-299/94, C-356/94, C-514/94, C-306/94, C-525/95, C-563/00, C-517/02 y C-1230/05.

[6] Sentencia C-563/00.

En segundo lugar, debe determinarse cuál es la población comparable, a la cual se le está dando un trato diferente, por parte de los dos numerales demandados, identificándose la categoría: “personal escalafonado en Colombia”, y es clara esta categoría dado que existe en nuestro país un solo Registro de Carrera. En esta medida tenemos que los funcionarios de carrera de la DIAN, no pueden ser discriminados por las normas especiales para regular su administración, debido a que dichas normas hacen parte de un sistema, que tiene su génesis en la Constitución, y en dicho sistema no es distinto, un funcionario escalafonado en la DIAN, que otro empleado escalafonado de cualquier otra entidad pública.

Escapa a la sana lógica, sustentar los numerales demandados, con la excusa de ser un sistema especial de origen legal, pues como se ha dicho no son rueda suelta, y no pueden apartarse ni de la Constitución ni de la Ley General. Ningún valor agrega al sistema especial de carrera administrativa en la DIAN, las normas demandadas, solo ubican a los funcionarios escalafonados de la Entidad en una posición desigual, frente a otros funcionarios escalafonados fuera y dentro de la DIAN. Lo función especial de la DIAN, soporta que, la misma tenga carrera especial, pero no puede ser fundamento para que la ley desconozca los derechos de los escalafonados y de paso vulnere derechos fundamentales, que celosamente guarda la Constitución para cualquier ser humano, al margen de ser funcionario público o no. Resulta irracional y se cae por su propio peso, que un funcionario quiera pertenecer a un “sistema especial” para que violen sus derechos, y más ilógico, que a los buenos funcionarios se les castigue un año para ser encargados o se les limite la oportunidad de seguir ascendiendo. La flexibilidad para configurar las normas de carrera en los sistemas especiales, está justificada en la especificidad de sus funciones, justificación desbordada por el legislador con la normativa en cuestionamiento, pues solo reprimen al funcionario de carrera y en nada incrementan la eficacia y eficiencia de la Entidad. En tal sentido se pronunció la Corte en Sentencia C-673 de 2015:

*“según ha interpretado y reiterado de forma sistemática esta Corporación, la carrera administrativa es un eje definitorio del ordenamiento constitucional porque provee el método que mejor protege los principios del mérito, la transparencia, la eficacia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. Por esa razón, el sistema de carrera tiene un carácter general y preferente para la provisión de los servidores estatales, en tanto garantiza la selección objetiva del personal más idóneo y calificado para brindar eficacia y eficiencia a la administración pública.”* (Subraya fuera de texto)

Nada más distante de los postulados constitucionales, que los numerales demandados. Este abrupto normativo, hace saltar de bulto la desigualdad en la que están los funcionarios de carrera en la DIAN. Aplicando el test de desigualdad hacia afuera de la entidad, encontramos que ninguno de los otros sistemas de carrera que coexisten en Colombia, incluidos los específicos de otras entidades, someten a sus funcionarios a las reglas demandadas, es decir, estamos frente a un trato diferente ante el derecho a encargo, castigar un año a un funcionario por no aceptar o renunciar a un encargo y no

www.legismovil.com 012

permitir acceder a otro encargo al funcionario ya encargado, es discriminatorio, da un trato desigual al personal escalafonado.

Los numerales demandados solo están beneficiando a la oficina de personal de la DIAN, al quitarle la obligación de estudiar las hojas de vida de los funcionarios escalafonados, para llenar las vacantes que se van presentando en la entidad, y de manera ficticia, están declarando que no existen empleados de carrera a ser encargados, para injustamente hacer nombramientos en provisionalidad, desconociendo el principio del mérito rampantemente. En otras palabras, la normativa cuestionada privilegia el mecanismo accesorio de nombramiento provisional, sobre el encargo que tiene arraigo constitucional.

Dando una mirada al interior de la entidad, encontramos antes de la expedición de la Ley 1819 de 2016 (con sus desafortunados numerales 2 y 3 en su artículo 332) muchos funcionarios que han tenido múltiples encargos, y otros que no aceptaron o renunciaron a un encargo, sin que tuvieran que esperar un año para ser encargados, denotando una desmesurada desigualdad, inclusive dentro de la misma DIAN.

Los numerales demandados son desproporcionados, y la Subdirección de Personal de la DIAN podría adoptar medidas administrativas para minimizar las renunciaciones a los encargos y la no aceptación de los mismos, no requieren una ley para esa labor. Frente a la no posibilidad de encargar a un funcionario por ya estar en encargo, no indicó ninguna opción que reemplace esta medida, pues a todas luces es violatoria de múltiples principios constitucionales, especialmente el mérito.

#### **VIOLACION DEL ARTICULO 25 DE LA C.P.**

Sea lo primero precisar que el artículo 25 de nuestra Carta, no solo instituye el trabajo como un derecho, sino que este debe darse en condiciones dignas y justas. Ante la imposibilidad que esgrime la DIAN (soportada en los numerales demandados) de encargar a quien en el año anterior renunció a un encargo o no lo aceptó, o a quien está encargado, crea condiciones indignas e injustas, pues no se están analizando las calidades de los funcionarios de carrera, para determinar si cumplen los requisitos del empleo superior que está vacante, simplemente el legislador creó una ficción, al permitirle al nominador decretar la inexistencia de personal de carrera a ser encargado, por las dos condiciones establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016.

Indignante e injusto para los servidores escalafonados de la DIAN que, con vasta experiencia y amplias calidades académicas, por dos líneas anudadas a la reforma tributaria estructural de 2016, se les decreta que no existen, se les niega la posibilidad de promoción, de recibir una mejor remuneración, acorde con mayores responsabilidades, que permitan su desarrollo personal y profesional, y en últimas lleven a feliz término su proyecto de vida. y si esto fuera poco, al decretar su inexistencia, nombran en provisional a personas que, aunque tiene derecho al trabajo, no han hecho mérito para ocupar los cargos vacantes que en principio siempre deben ser ofertados a los funcionarios de carrera, para que exista una movilidad real, en otras palabras, la posibilidad de promoción que consagra la carrera administrativa, principio constitucional. Bajo el imperio de la normativa demandada, muchos provisionales están ingresando, ascendidos, pueden llegar a los más altos grados y niveles, nada más injusto, con el funcionario de carrera, que cumple requisitos para ocupar esos cargos, pero que está "amarrado" por la desproporcionada medida demandada.

Olvido el Legislador que los funcionarios de la DIAN, somos seres humanos, al darle al nominador facultades desproporcionadas, para que decreta que no existimos, falacia indignante y carente de sana lógica. Al respecto expresó la Corte Constitucional:

## Sentencia T-174/97

*“El trabajo se preserva por la normativa constitucional "en condiciones dignas y justas", es decir, sobre el supuesto de que quien aporta su esfuerzo a cambio de la remuneración es un ser humano, que constituye finalidad y propósito de la organización política, del orden jurídico y de las autoridades, y jamás un medio ni un instrumento para alcanzar otros fines, sean ellos particulares o públicos.”*

## VIOLACION DEL ARTICULO 29 DE LA C.P.

Las normas de carrera, la jurisprudencia y doctrina, contrarias a las normas demandadas, consagran la prevalencia del nombramiento en encargo, sobre el nombramiento en provisionalidad, con lo cual, la normativa cuestionada, “faculta” al nominador para que no observe el debido proceso, en la provisión transitoria de las vacantes.

Es relevante observar lo expresado en Sala Plena por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), sobre la figura de encargo:

*“(…)En efecto, desde la comprensión del mérito como principio esencial para el acceso al empleo público, la estructura normativa correspondiente al servicio civil, fue transformada con una mirada integral que incluye la carrera administrativa, la cual abarca no sólo la provisión definitiva de los empleos de carrera, en la cual, ciertamente, es ampliamente reconocida la obligación de adelantar los procesos de selección por mérito, sino la provisión transitoria, en la cual se privilegia el acceso temporal al empleo de carrera a través de la figura de encargo por sobre el nombramiento en provisionalidad, en el entendido que a través del encargo, se promueve el mérito, en la medida que se provee el empleo con personal de carrera, que no sólo ha probado su idoneidad en el empleo para el cual concursó, sino que ostenta una evaluación del desempeño del nivel sobresaliente en éste, y que para mantener el encargo como derecho, deberá obtener una calificación sobresaliente en el ejercicio del mismo, a diferencia de lo que ocurre con el empleado provisional, que al ser ajeno a la carrera, no cuanta con registros de tal índole y no se rige por los rigurosos requisitos que establecen las normas de carrera, en tratándose de la concesión de los encargos.*

*Así las cosas, como mecanismo de provisión ceñido al ejercicio de la carrera, el encargo fue adquiriendo un estatus que trascendió el mero concepto de la provisión, pues a partir de la estructura normativa de carrera, comenzó a instaurarse como un medio de movilidad vertical temporal para los empleados de carrera, en tanto, les permite acceder a un empleo superior, no sólo con beneficios de contenido salarial, en los casos que así opera,<sup>7</sup> sino de orden funcional y de perspectiva laboral, esto último, en la medida que el encargo les da la oportunidad de probar, adquirir y acreditar nuevas competencias laborales, de cara a futuras promociones o ascensos. En esa vía, el encargo se fue posicionando como un derecho preferencial, predicable respecto de los empleados de carrera, que vino a ser reconocido en tal sentido a partir de la Ley 27 de 1992, carácter que ha venido conservando hasta nuestros días, conforme se desprende del artículo 24 de*

la Ley 909 de 2004, y que viene siendo reivindicado desde la facultad de instrucción, que posee la Comisión Nacional del Servicio Civil.(...)” (Subrayas fuera de texto)

Indica el Artículo 332 de la Ley 1819 de 2016:

**“ARTICULO 332. ENCARGO y NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, los empleos pertenecientes al sistema específico de carrera en vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos en forma transitoria mediante la figura del encargo o del nombramiento en provisionalidad.

El nombramiento en provisionalidad procederá, ante la inexistencia de empleados de carrera a ser encargados. La inexistencia de personal a encargar se produce por cualquiera de los siguientes eventos.

1. No cumplimiento de requisitos para el desempeño de los empleos a proveer.
2. Por haber renunciado o no aceptado un encargo en el último año.
3. El estar desempeñando un empleo en calidad de encargo.
4. Habiéndose ofertado internamente los empleos a proveer, los empleados con derechos de carrera, en el plazo concedido, no manifiestan interés en ser encargados. (...)

Vemos que el inciso primero del artículo 332, razonablemente, determina el debido proceso a seguir para la provisión transitoria de las vacantes: “podrán ser provistos en forma transitoria mediante la figura del encargo o del nombramiento en provisionalidad”, como se observa, **primero** debe utilizarse la figura de encargo, luego la provisionalidad. La palabra “podrán”, pierde su eficacia con la existencia de los dos numerales demandados, pues ese orden lógico de provisión de los empleos, no puede observarse cuando señala: “La inexistencia de personal a encargar se produce por cualquiera de los siguientes eventos”. Esta absurda ficción, como he expresado en líneas precedentes, saca del camino al personal escalafonado, inmerso en los numerales 2 y 3 del citado artículo, e impone un nuevo orden, contrario a la constitución, privilegiando el nombramiento en provisionalidad. No podemos pasar por alto la primera advertencia del mismo artículo: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014”, que preceptúa:

**“ARTICULO 60. Carrera específica de la DIAN.** Para garantizar que la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN se fortalezca administrativamente cuente con el personal suficiente para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, la Comisión Nacional del Servicio Civil dará prioridad a los procesos de selección que se convoquen para la provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Específico de Carrera que rige en la DIAN. La vigencia de la listas de elegibles que se conformen será de dos (2) años, y si la convocatoria así lo determina, una vez provistos los empleos ofertados las listas podrán ser utilizadas para proveer en estricto orden de mérito empleos iguales o equivalentes a los convocados; entre tanto, las vacantes podrán ser provistas mediante la figura del encargo y del nombramiento en provisionalidad, sin sujeción al término fijado por las disposiciones que regulan la materia. (subrayas fuera de texto)

Repite este artículo la forma razonable, justa y proporcionada de proveer las vacantes transitorias, puede afirmarse que hay armonía y coherencia entre el artículo 332 de la Ley 1819 de 2016 y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, salvo en los numerales demandados, que violan el debido proceso.

## VIOLACION DEL ARTICULO 40 DE LA C.P.

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política garantiza el acceso al desempeño de funciones públicas y cargos públicos, y para hacer efectivo este derecho, existe la carrera administrativa, que a través de los concursos de mérito selecciona los mejores candidatos para cumplir los fines del Estado. Pero el sistema de carrera abarca mucho más que el ingreso de los mejores, también es garante de la promoción (ascenso) del personal ya escalafonado. Los numerales demandados vulneran este derecho, al no permitir el acceso a cargos públicos de superior jerarquía a través del encargo, interponiendo requisitos injustificados que nada tienen que ver con el mérito. Al respecto la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva., indicó:

*“(...) el sistema de carrera administrativa está íntimamente vinculado con la protección del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (Art. 40-7 C.P.) en condiciones que satisfagan la igualdad de oportunidades. La exigencia de un concurso público de méritos permite, a partir de un procedimiento abierto y democrático, que los ciudadanos, sin distinción ni requisitos diferentes a las calidades profesionales que se exijan para el cargo correspondiente, pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público”.* (Subrayas fuera de texto)

En igual sentido frente al artículo 40 en Sentencia C-431 de 2010, expreso la Corte:

### **“CARRERA ADMINISTRATIVA-Fines constitucionales**

*El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es “precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución”* (Subrayas fuera de texto)

## VIOLACION DEL ARTICULO 53 DE LA C.P.

El Estado debe garantizar igualdad de oportunidad para los trabajadores, y no puede ser aceptable que en unas entidades del Estado el derecho al encargo se enmarque dentro de los postulados de la Constitución, mientras en la DIAN, además de apartarse de dichos postulados, adicionen requisitos que nada tienen que ver con el mérito, como son los añadidos por los numerales demandados.

Los numerales demandados sirvieron de fundamento para que, el 25 de abril de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), en criterio unificado, enfatizara sobre la observancia de dichos numerales, señalando:



"En este orden de ideas, en razón al contenido del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016, esta Comisión considera importante fijar criterios para armonizar lo allí dispuesto con los artículos 28 del Decreto Ley 765 de 2005 y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, en los siguientes términos:

A. Son requisitos, exigencias y presupuestos para acceder al derecho a encargo en el sistema específico de carrera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN los siguientes:

- Acreditar los requisitos del empleo y el perfil del rol del empleo
- No haber sido sancionado disciplinariamente en el último año
- Haber obtenido en la última evaluación del desempeño un resultado que ubique al servidor interesado en el nivel sobresaliente.
- No haber renunciado o aceptado un encargo en el último año.
- No encontrarse gozando de un encargo.
- Haber manifestado el interés de ser encargado en la oportunidad señalada por la entidad, dentro del proceso interno de convocatoria para encargos." (Subrayas fuera de texto)

Los numerales demandados (resaltados en la cita anterior), no respetan los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la constitución, que en repetidas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha recalcado, para que la regulación de los sistemas específicos de carrera no contraríen los principios y derechos constitucionales, sumando, además, que estos dos requisitos no están evaluando el mérito del aspirante a encargo, pero si violan lo ordenado por nuestra Carta en el último inciso del artículo 53: "...La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.". En Sentencia C-250/13, indicó la Honorable Corte:

"(...)Acerca de este tópico ya la Corte ha expresado que los sistemas específicos de carrera administrativa "aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese solo hecho como regímenes autónomos e independientes", pues son, "en realidad, una derivación del régimen general de carrera", del cual se apartan solo "en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades"[28].

Siendo así, los sistemas específicos contienen "una regulación complementaria", cuya finalidad consiste en "armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades", lo que conduce a que, "en todo caso", deban mantenerse "los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia"[29].

[28] Cfr. Sentencia C-1230 de 2005.

[29] *Ibíd.*"

Los numerales demandados no armonizan con el sistema general de carrera y no son necesarios, ni se justifican en las funciones singulares que tiene la DIAN, nada aportan para que la entidad sea más eficiente y efectiva en el control tributario, aduanero y cambiario, son dos líneas agregadas por el legislador para castigar y discriminar, y en nada armonizan, repito, con los preceptos constitucionales.

El encargo otorgado en un momento dado puede desmejorar las condiciones del funcionario, por ejemplo, afectar su salud física o mental, pero bajo lo estipulado en el numeral 2 del artículo 332 de la Ley 1819/16 (demandado), este no puede renunciar, so pena de verse castigado por un año para acceder a otro encargo. Con la vigencia de la norma demandada se pierde la facultad de transigir (Art. 53 C.P.) y como expresé, en un momento dado, puede desmejorar las condiciones laborales del funcionario, pues no siempre el encargo podrá ser beneficioso, teniendo presente la condición de ser humano del escalafonado. Es decir, puede suceder que el encargo, escape al sentido razonable y proporcional que debe guardar, afectando derechos fundamentales, íntimamente ligados a la condición humana. Frente al tema manifestó la Corte en Sentencia T-584/98:

*“Cuando se produce un cambio o modificación de las condiciones laborales, es importante que quede claro que éstas pueden realizarse siempre y cuando se ajusten a los mandatos jurídicos vigentes y no lesionen los derechos fundamentales de los subordinados obligados, con el consecuente deber de acatarlas, en la medida en que se encuentren encaminadas al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. No obstante, si lo ordenado por el superior altera la finalidad de la función pública o dificulta su realización, configurando un exceso en su contenido en lo referente a la potestad para emitirla, y, adicionalmente, implica una desmejora en las condiciones laborales, sociales o humanas de quien recibe la instrucción, con violación de su dignidad humana y de sus derechos fundamentales, principalmente el trabajo, como también a la igualdad, entre otros, la orden puede tornarse en inconstitucional (...).”*

De otro lado, el numeral 3 del artículo 332 de la Ley 1819/2016 (demandado), vulnera la libertad, la dignidad humana y los derechos de los funcionarios escalafonados, al no permitirles acceder a otro encargo, solo por estar encargado, es un castigo para los buenos funcionarios porque el encargo no es gratuito, es por el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 28 del decreto 765 de 2005, los cuales son objetivos y proporcionados.

Es entonces manifiesto, el menoscabo de la libertad, la dignidad humana y los derechos de los funcionarios de carrera en la DIAN, por parte de los numerales demandados; estos propician la arbitrariedad del nominador, que paradójicamente, ejerce una presión injustificada, respaldado en la absurda norma, la misma que resulta desproporcionada, en su afán de nombrar provisionales, sin agotar el estudio de las hojas de vida del personal de carrera, respetando los derechos (y privilegios) que la Constitución les ha otorgado. De cara al tema de la proporcionalidad, indicó la Corte en Sentencia T-425/95:

*“En este proceso de armonización concreta de los derechos, el **principio de proporcionalidad**, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se*

hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.” (Subraya fuera de texto)

La competencia del legislador no es ilimitada, cuando se trata de regular la carrera administrativa, y como se demuestra a lo largo de este escrito, los numerales demandados desbordaron los postulados constitucionales, pues no son objetivos, menguan la eficiencia y eficacia del servicio público, al propiciar el ingreso de personal sin valorar sus calidades, discrimina al personal escalafonado, niegan el acceso a cargos públicos, vulneran los derechos subjetivos de que tratan los artículos 53 y 125 de la Constitución, derechos que nacen propiamente de la calidad de escalafonados. El ingreso y permanencia (también el ascenso) deben basarse exclusivamente en el mérito. En este sentido expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-640/12:

*“La Corte ha reconocido que al Legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración en el diseño del sistema de carrera administrativa y de los mecanismos a través de los cuales se valoran los méritos de los aspirantes a ingresar o a ascender dentro de la misma, así como de las de retiro del servicio oficial. Sin embargo, también ha precisado que dicha competencia no es ilimitada, puesto que debe acompañarse con el objetivo mismo que persigue el sistema de carrera. Este objetivo consiste en asegurar que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se realice con fundamento en el mérito exclusivamente, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política. Los contornos de esta facultad, según la jurisprudencia, están delimitados por tres objetivos fundamentales a saber: i) La búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional empleando el concurso de méritos como regla general para el ingreso a la carrera administrativa; ii) La garantía de la igualdad de oportunidades, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40-7 de la Constitución todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y iii) La protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución, en la medida en que esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado. Lo anterior, sin perder de vista que la carrera administrativa tiene el carácter de principio del ordenamiento superior “que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º. del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.” (Subrayas fuera de texto)*

#### **VIOLACION DE LOS ARTICULO 93 Y 94 DE LA C.P.**

El concepto “Bloque de Constitucionalidad” permite el llamado de los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, para que prevalezcan en el orden interno y sirvan como criterio de interpretación sobre los derechos

consagrados en nuestra Carta. Nuevamente se plasman las normas del bloque de constitucionalidad violadas:

**Declaración Universal de Derechos Humanos de la cual Colombia es signataria.**  
**Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948:**

*“Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...).”*

*“Artículo 21. (...) 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (...).”*

*“Artículo 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (...).”*

**Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobado por Colombia a través de la Ley 16 de 1972:**

*“Artículo 23. Derechos Políticos. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...)*

*c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. (...).”*

*“Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968:**

*“Artículo 7. (...) c). Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda (...).”*

*“Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán (...)*

*c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”*

En este orden, los numerales demandados, discriminan a los funcionarios escalafonados de la DIAN, al disminuirles la oportunidad de ser promovidos a cargos de superior jerarquía, en condiciones de igualdad y equidad, pues la norma acusada decreta su

www.legismovil.com 020

inexistencia como funcionario de carrera, a pesar de cumplir requisitos (proporcionales y objetivos) indicados en el artículo 28 del Decreto 765 de 2005, para dar paso a nombrar personas ajenas a la carrera administrativa, sin cumplir el riguroso proceso que instaura ésta, en defensa del principio del mérito.

Además de violar los derechos humanos arriba mencionados, prevalentes al tenor del artículo 93 de la C.P., escapa a la razón, que el legislador, a través de los dos numerales denunciados, deseche al personal de carrera administrativa, que ha demostrado su probidad, para privilegiar el nombramiento en provisionalidad, carente de rigurosidad en su selección, desconociendo los privilegios propios del funcionario de carrera. En este contexto, no existen las condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo, de que habla la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Respecto al Bloque de Constitucionalidad, preceptuó la Corte en Sentencia C-067/03:

*“La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”*

#### VIOLACION DEL ARTICULO 125 DE LA C.P.

En el contexto del artículo 125 de la C.P., los requisitos fijados por la ley para **ascender** dentro de la carrera administrativa, deben limitarse a “*determinar los méritos y calidades de los aspirantes*”, siendo evidente, que los dos numerales demandados, no determinan los méritos y calidades de los funcionarios escalafonados.

La normativa en cuestionamiento crea requisitos que no evalúan, ni valoran los antecedentes de los aspirantes a un encargo, para determinar el mérito, como lo indica el artículo 125 de la C.P., es decir que, no acreditan el mérito y las calidades de los aspirantes, ni para el ingreso, ni para el ascenso en el servicio público, son sí, un mecanismo restrictivo, que hace nugatorio el principio del mérito, de rango constitucional, abonando el terreno para que el nominador, usando su discrecionalidad, nombre personas externas a la entidad en cargos con remuneraciones altas, que en tanto son entrenadas, serán una carga para el fisco, sin aportar al cumplimiento de la misión institucional. Estos numerales dejan entrever el afán del legislador de sacar del camino al personal escalafonado, que ha soportado la rigurosidad de un concurso de méritos, que se ha capacitado y ha demostrado un desempeño sobresaliente, para privilegiar los nombramientos provisionales, que se reconocen legales, pero no pueden equipararse al derecho preferencial de movilidad y promoción que tiene el personal escalafonado en carrera administrativa. Sustenta el anterior argumento lo señalado por la Corte Constitucional en las siguientes sentencias:

#### Sentencia C-645/16:

*“6. Normativamente, constituye referente de obligatoria mención el artículo 125 de la Constitución Política, del cual se derivan los siguientes postulados: (i) por regla general los empleos públicos en los órganos y entidades del Estado son de carrera;*

(ii) la excepción recae sobre cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley<sup>[27]</sup>; (iii) la fijación del concurso público como el mecanismo idóneo y principal, salvo disposición en contrario, para acreditar con objetividad e imparcialidad el mérito; (iv) la necesidad de cumplir con los requisitos legales previstos para acreditar el mérito y calidades de los aspirantes como condición para el ingreso y ascenso al servicio; y, (v) la prohibición de que la filiación política determine el nombramiento, ascenso o remoción de un empleo de carrera.

[27] Excepciones que en todo caso deben obedecer a un principio de razón suficiente, tal como lo ha sostenido esta Corporación, entre otras, en las Sentencias C-673 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (unánime), C-720 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (AV María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva), C-618 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (AV María Victoria Calle Correa), entre otras.

(...)

“En ese sentido, el mérito constituye una piedra angular sobre la cual se funda el sistema de carrera administrativa, habida cuenta que evalúa la capacidad del funcionario público como factor definitorio para ocupar el cargo, comprobando en el proceso de selección las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de un empleo público. En conclusión, conforme a lo precisado en la Sentencia C-673 de 2015:

“según ha interpretado y reiterado de forma sistemática esta Corporación, la carrera administrativa es un eje definitorio del ordenamiento constitucional porque provee el método que mejor protege los principios del mérito, la transparencia, la eficacia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. Por esa razón, el sistema de carrera tiene un carácter general y preferente para la provisión de los servidores estatales, en tanto garantiza la selección objetiva del personal más idóneo y calificado para brindar eficacia y eficiencia a la administración pública.” (Subrayas fuera de texto)

#### Sentencia T-221/14:

“4.1. La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales,<sup>[37]</sup> y los regímenes especiales de creación constitucional.

Sin embargo, como el procedimiento para la provisión de los cargos de carrera puede tomar más tiempo, **el Legislador ha autorizado, como medida transitoria la vinculación a estos cargos mediante funcionarios públicos nombrados en provisionalidad.<sup>[38]</sup> Respecto de la situación de estos servidores, la Corte Constitucional ha señalado que su vinculación ha sido concebida como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, ante la presencia de vacancias temporales o definitivas mientras estos se asignan en propiedad mediante el respectivo concurso de méritos.**” (Resalto fuera de texto).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en Sentencia C-1163/00:

*"(...) En ese contexto, los nombramientos provisionales constituyen una excepción a la regla general: que los empleos en los organismos y entidades del Estado son de carrera, excepción regulada por la ley y supeditada al cumplimiento de estrictos presupuestos(...)"*

Es claro que los numerales demandados se apartan de la voluntad del constituyente, consagrada en el artículo 125, al anteponer situaciones normales en la administración de personal (haber renunciado o no aceptado un encargo en el último año o estar desempeñando un empleo en calidad de encargo), como requisito para ser encargado. Tal insensatez, allana el camino para utilizar el mecanismo excepcional de nombramientos en provisionalidad y de paso castiga al funcionario de carrera que, aun cumpliendo los requisitos para ocupar un cargo de mayor jerarquía, no puede acceder preferencialmente a él, por la restricción desproporcionada incluida en el artículo 332 de la Ley 1819 de 2016.

El artículo 125 de la Constitución Política, es el sustento de las prerrogativas que tienen los empleados de carrera, sin que con ello se vulnere el derecho de los no escalafonados a acceder a cargos públicos, pues son privilegios con arraigo constitucional, prerrogativas desconocidas por los numerales cuestionados.

Indicó la Corte en Sentencia C-288/14:

*"De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa "se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público", mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales 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"<sup>[121]</sup> y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general<sup>[122]</sup>.*

*[121] Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.*

*[122] Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo."*

Los numerales demandados, no evalúan la capacidad del funcionario público, subjetivamente, imponen requisitos caprichosos, opuestos al mérito, único y exclusivo fundamento de la carrera administrativa en Colombia.

Se puntualizó, igualmente, en la misma Sentencia C-288/14:

*"La carrera administrativa también busca la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53)<sup>[29]</sup>.*

*[29] Sentencias de la Corte Constitucional T-419 de 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis; C-517 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.; C-532 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-182 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*

Desde la perspectiva constitucional, la comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 1); el derecho a la igualdad (art. 13); los derechos políticos de los colombianos (art. 40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art. 125); al igual que la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art. 130) [30].

[30] Sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto."

(...) La Corte Constitucional ha precisado que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de "las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado"[35], en la medida en que ejerciten su derecho al trabajo "con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo"[36] y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como "los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados", tal como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta[37].

[35] Sentencia de la Corte Constitucional C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[36] Sentencia de la Corte Constitucional C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[37] Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo." (Subrayas fuera de texto)

Es así que los numerales 2 y 3 del artículo 332 de la Ley 1819/2016, de bulto se apartan del mandato superior del artículo 125 de la C.P., ya que lejos de posibilitar la promoción de los funcionarios que han demostrado claramente eficiencia en su labor, lo que hacen es restringir su ascenso, pasan por encima del mérito, de los derechos fundamentales, como bien lo denota la Corte en la Sentencia C-288/14 y muy especialmente, desconocen los privilegios que se derivan de la condición de escalafonados, del personal de carrera de la DIAN.

Los numerales demandados al ser justificativos de la "inexistencia de personal a encargar" dentro de la DIAN, laceran la transparencia y objetividad, que defiende y privilegia la carrera administrativa, al anteponer el nombramiento excepcional en provisionalidad, por sobre el derecho preferencial al encargo del funcionario escalafonado. Reitera la jurisprudencia de la Corte, el carácter de principio constitucional de la carrera, resaltando que esta busca eliminar las prácticas clientelistas, de "amiguismo" o nepotismo, para acceder a la función pública. Señala en **Sentencia C-034/15**:

"La carrera es considerada un principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho desde tres criterios: (i) El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de "amiguismo" o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii)

El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional.” (subrayas fuera de texto)

Armonizando los artículos constitucionales: 25, 40-7, 53 y 125, el encargo es un derecho adquirido, que la jurisprudencia constitucional no ha dudado en calificarlo como preferencial, las normas demandadas violan los artículos superiores antes enunciados en la medida que desconocen el encargo como derecho adquirido, prefiriendo el nombramiento provisional, el cual es ajeno al mérito, y que tiene sustento legal, sí y solo sí, no es posible encargar a un empleado de carrera, por razones reales, razonables y proporcionadas, razones que no tienen los numerales demandados. En Sentencias C-288/14, antes citada, y T-656/11, discierne la Honorable Corte sobre este punto:

#### **Sentencia C-288/14:**

“La Corte Constitucional ha precisado que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de “las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado”<sup>[35]</sup>, en la medida en que ejerciten su derecho al trabajo “con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo”<sup>[36]</sup> y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como “los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados”, tal como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta<sup>[37]</sup>.

<sup>[35]</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>[36]</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>[37]</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.” (Subrayas fuera de texto)

#### **Sentencia T-656/11:**

“Ahora bien, ante una situación de vacancia en un empleo público las autoridades tienen el deber de adelantar los trámites para cubrirlas. Sin embargo, dado que el procedimiento para proveer definitivamente un cargo es dispendioso, pues se debe hacer la convocatoria a concurso y agotar todas sus fases, el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad<sup>[35]</sup>, cuando la primera no pueda verificarse.” (Subraya fuera de texto)

De otro lado, se lee en la página 169 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”:

*“De otra parte, se propone la expedición de normas que hacen ágil y expedito el proceso de provisión de empleos vacantes definitivas y temporales a través de la figura del encargo o del nombramiento en provisionalidad, en el entretanto se proveen los empleos en forma definitiva a través de concurso de méritos.”*

Por la anterior motivación, no se encuentra, con la introducción a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa cuestionada, respeto por el principio de “razón suficiente”, para privilegiar la vinculación al servicio público, mediante el mecanismo excepcional de nombramiento en provisionalidad, por encima del encargo; en otras palabras, por encima del mérito, lo que deriva en que los numerales demandados están por encima de la Constitución. En repetidas ocasiones la Corte constitucional ha manifestado que las excepciones al mandato del artículo 125 Superior, deben ser ampliamente justificadas por el legislador, para que la carrera administrativa no sea arrinconada por la ley, y en vez de predominar la carrera, predomine la excepción. La exposición de motivos justificó las normas de carrera en la reforma, para hacer **ágil y efectiva la provisión de los empleos, no para desconocer los derechos de carrera del personal escalafonado**. En tal sentido preceptuó la Corte en Sentencia C-673/15:

*“26. Sobre el mismo tema, la sentencia C-588 de 2009[35] fue enfática en afirmar que la competencia para exceptuar, mediante ley, la carrera administrativa, tiene límites “para evitar que el ordenamiento constitucional resulte alterado por una multiplicación de las excepciones que reduzca a extremos marginales el ámbito de la carrera administrativa, pues esta, en cuanto regla general, está llamada a predominar cuando se trate de la provisión de empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro”. Así, recordó que las excepciones deben contar con un fundamento legal y que, en todo caso, debe haber un principio de razón suficiente que justifique el actuar del legislador, esto es, que se considere de forma objetiva el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado, evaluando las funciones asignadas o el nivel de confianza cualificada que se requiere para el cumplimiento de ellas.”*

Se resalta, en esta defensa del mérito, la falta de consistencia y coherencia de los numerales cuestionados, con el artículo 323 de la misma Ley 1819 de 2016, que define el objeto del **sistema de Carrera Administrativa, de Administración y de Control Tributario, Aduanero y Cambiario, como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar el mérito**, mientras los numerales cuestionados del artículo 332, lo atacan vehementemente, al someter el personal escalafonado al estancamiento, a la injusta inmovilidad en sus cargos, obligados a ver como aquellos que no son escalafonados ocupan las vacantes, que por **derecho preferencial**, deberían ser ocupados por ellos.

#### **VIOLACION DEL ARTICULO 209 DE LA C.P.**

La función administrativa al servicio de los intereses generales, tiene su más grande expresión en el respeto de la carrera administrativa, como principio constitucional, pues ella garantiza el acceso y la permanencia del personal idóneo, para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Los numerales demandados violan este precepto constitucional porque niegan al personal idóneo, entiéndase escalafonado, la posibilidad de desempeñar cargos de superior jerarquía, con la eficacia y celeridad que demanda la

situación de las finanzas públicas. Es conocido para el común de la gente, que la eficaz labor de la DIAN, recaba los recursos para que los distintos estamentos puedan garantizar a la comunidad los servicios públicos esenciales, como por ejemplo la educación, la movilidad, la salud, etc. No se necesitan grandes razonamientos para concluir que, un funcionario escalafonado, con experiencia y conocimiento específico (tributario, aduanero y cambiario), coadyuva más eficazmente al cumplimiento de la misión institucional, que alguien que apenas ingresa por nombramiento en provisionalidad, y sin pasar por un concurso de méritos. Por lo anterior, es evidente que, los numerales demandados, atentan contra el interés general, y no respetan los principios enunciados en el artículo 209 Superior, especialmente el de igualdad, eficacia, economía y celeridad.

El argumento precedente, encuentra fundamento en la Sentencia C-588/09, de la Corte Constitucional:

*“En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”[133].*

[133] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.”

También, en igual sentido, expresó la Honorable Corte, en Sentencia C-1079/02:

*“3.3. Conforme lo ha señalado esta Corporación, la institucionalización y configuración del régimen de carrera, en los términos en que ha sido concebido por el constituyente de 1991, y salvo las excepciones por él previstas[1], le permite al Estado “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos”[2]; responsabilidades que, bajo la actual concepción del Estado social de derecho, exigen la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública que posibiliten la realización de los fines y objetivos estatales más próximos, como lo son el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, derechos y deberes que la propia constitución reconoce a todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional [3].*

[1] De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 125 de la Carta, del régimen de carrera tan sólo están exentos los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

[2] Sentencia C-479/92, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

[3] Sentencia *ibídem.*” (Subrayas fuera de texto)

#### IV. COMPETENCIA

Es competente para conocer de esta acción la Corte Constitucional, conforme al numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, por cuanto se está demandando la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 3 del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016.

#### V. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

No existe cosa juzgada sobre el presente caso, ya que hasta la presente fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, por lo cual es procedente un pronunciamiento de fondo al respecto.

#### VI. TRAMITE

El trámite que se debe seguir con presente demanda, es el consagrado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen.

#### VII. PRINCIPIO PRO ACTIONE

Dada mi ignorancia de los temas constitucionales, pueden mis argumentos no ser claros y suficientes, por lo que invoco el principio *Pro Actione*, que lleve a la Honorable Corte a efectuar un pronunciamiento de fondo en beneficio tanto de la existencia de un sistema jurídico coherente y consistente, como del derecho de acción que me asiste como ciudadano colombiano.

#### VIII. PRUEBAS

Solicito a la Corte Constitucional ordene la práctica de las siguientes pruebas, para que sean tenidas en cuenta al momento de decidir sobre la inconstitucionalidad de las normas demandadas:

1) Oficiar a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, para que informen sobre las respuestas que ha estado dando a los funcionarios escalafonados ya encargados, que solicitan (o se postulan a) un nuevo encargo y sobre la aplicación desarrollada del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016.

2) Oficiar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, como Entidad que administra y vigila el Sistema Específico de Carrera Administrativa, de administración y de control tributario, aduanero y cambiario, conforme al artículo 324 de la Ley 1819 de 2016, para que informe sobre la doctrina de dicha Entidad, en torno del principio del derecho preferencial al encargo sobre la provisionalidad.

3) Las demás pruebas que la Corte Constitucional considere pertinentes, conducentes y necesarias.

#### IX. PETICIÓN

Solicito la declaratoria de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 3 del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016, por las razones expuestas en la presente acción.

En caso de que la Corte Constitucional no encuentre razones para declarar la inexecutable de los numerales demandados, solicito de manera subsidiaria, se declare la executable condicionada de las mismas, bajo el entendido que se apliquen, para regular el acceso a encargos en empleos del mismo nivel y grado o de jerarquía inferior, pero no para un encargo sobre una vacante de nivel y/o grado superior.

#### X. NOTIFICACIONES O COMUNICADOS

En la calle 43 # 88 - 37 Apto. 802 de Medellín, Antioquia o por economía y celeridad en el correo electrónico: franesteban@gmail.com, celular 313 681 4225.

De los Honorables Magistrados,

  
FRAN ESTEBAN BETANCUR GIRALDO  
C.C. 98.534.178 de Itagüí.