



Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - LEY 1960 DE 2019

1 mensaje

GUILLERMO ARELLANO <LONDON-3710@hotmail.com>

18 de junio de 2020, 16:16

Para: "secretaria3@corteconstitucional.gov.co" <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

**HONORABLE
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.**

**ASUNTO: ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
NORMA DEMANDADA: LEY 1960 DE 2019 -ARTICULO 2°.**

Adjunto a la presente **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**, en contra de la Ley 1960 de 2019 articulo 2°, para el tramite pertinente.

Cualquier comunicacion o notificacion, con gusto sera recibido por este mismo medio y correo electronico.

Gracias por la atencion.

GUILLERMO ARELLANO CASTILLO
C.C. 1.110.449.457
T.P. 225640 del C. S. de la J.
cel. 3104848415



ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD L. 1960 DE 2019.pdf
962K

HONORABLE
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

ASUNTO: ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
NORMA DEMANDADA: LEY 1960 DE 2019 -ARTICULO 2°.

Acudo mediante **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**, en uso de atribuciones establecidas en la constitución política, en defensa del interés público y la norma superior, por considerar que las expresiones del artículo 2° de la ley 1960 de 2019 transgreden el marco constitucional. En dicho sentido se transcribe la norma en mención, así:

1. NORMA ACUSADA POR INCONSTITUCIONALIDAD:

Se transcribe la norma acusada, subrayando y resaltando con negrilla los apartes y expresiones, en los cuales se vulnera el marco constitucional, así:

*LEY 1960 DE 2019
(Junio 27)*

Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

(...)

ARTÍCULO 2. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando:

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

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

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

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

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Publica de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.

(segmentos de texto subrayados y en negrilla propios, para señalar los preceptos acusados por inconstitucionalidad)

2. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES PREVIAS

El concurso de méritos, para la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, tradicionalmente y hasta antes de ser expedida la ley 1960 de 2019 analizada, se desarrolló bajo el principio de la libre concurrencia e igualdad, señalado en la ley 909 de 2004 en su artículo 28 literal b), así como en sujeción a los postulados Constitucionales.

La ley 1960 de 2019 en su artículo 2°, instituyó el concurso de ascenso, en la modalidad de proceso de selección cerrado, una gran modificación en el artículo 29 de la ley 909 de 2004, cuyo texto original, señalaba lo siguiente:

ARTÍCULO 29. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

La norma sin modificación, antes transcrita y vigente por más de 14 años, no fue objeto de demanda de constitucionalidad alguna, que sea conocida por parte del suscrito. Situación que, no obstante, es irrelevante en el juicio de constitucionalidad, debe ser considerada por el órgano legislativo al momento de consentir una modificación normativa que sea conveniente, jurídica y socialmente. Pues el actuar legislativo, por disposición constitucional tiene limitaciones y no puede obedecer a impulsos o caprichos repentinos, exigiendo del legislador un actuar pertinente y objetivo, siempre considerando el texto constitucional, el modelo de Estado y su realidad, entre otros factores, que demuestren la pertinencia de una nueva norma. Es decir, la actividad legislativa debe gozar de un sustento

real y verificable, o en su defecto debe proceder la declaratoria de la responsabilidad por el hecho del legislador, por ahora poco desarrollada en Colombia.

Análisis introductorio que se plantea, con el ánimo de evidenciar que la modificación introducida por el texto cuestionado de la Ley 1960 de 2019, afecta o incide una norma bajo la cual se desarrollaron los concursos de selección en la modalidad abierta, con total normalidad por más de una década, sin ningún obstáculo o defecto, que advirtiera la necesidad de una modificación, en dicha modalidad abierta de selección, por estar comprobada la pertinencia y efectividad del concurso de méritos abierto e igualitario. Además, porque bajo nuestro Estado Social de Derecho, desde nuestra realidad económica, social, y constitucional, solo es admisible el concurso de méritos abierto. Tal y como quedara evidenciado en la argumentación de la presente Acción pública.

Por otra parte, en la exposición de motivos fundamento de la Ley 1960 de 2019, se evidencia que el argumento principal, bajo el cual el Congreso de la República, modifica la norma es el de generar oportunidades de movilidad para el ascenso de los empleados públicos inscritos en carrera, veamos:

La carrera administrativa debe permitir al funcionario escalafonado su derecho a ascender dentro de la jerarquía administrativa, a través de un sistema objetivo de promoción y de garantía del mérito, como lo es el concurso de ascenso, que encuentra un claro respaldo constitucional en el artículo 125 superior, que debe permitirle al personal ya inscrito en la carrera administrativa, a lo largo de su vida profesional y productiva al servicio del Estado, tanto la consolidación de una mejor retribución, como el acceso a puestos de trabajo más cualificados.

No obstante, en Colombia existe el nombramiento en encargo (ascenso) y el nombramiento en Comisión para el desempeño de cargos de libre nombramiento (ascenso-nivel directivo), el órgano legislativo señaló en su exposición de motivos que, en nuestro sistema de carrera administrativa no existe oportunidad de ascenso o movilidad.

Es pertinente recordar que en Colombia la función consultiva en materia de carrera administrativa fue asignada a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC** en el artículo 11, literal k) de la Ley 909 de 2004. Entidad de Origen Constitucional, autoridad de administración y vigilancia de la carrera administrativa, que no puede ser deslegitimada, ni desconocida. Sin embargo, el Congreso omitió requerir concepto a dicha autoridad, perdiéndose con ello una valiosa oportunidad de contextualizar mejor el proyecto de norma, así como dilucidar la viabilidad o inviabilidad del concurso cerrado, actualmente materializado en el artículo 2° de la ley 1960 de 2019.

Para dar un mejor contexto a la presente acción de inconstitucionalidad, y analizado el escenario en el que se presenta la reforma contenida en la Ley 1960 de 2019, se debe entender que dicha modificación, al sistema técnico de administración de personal, plasma un modelo en la gestión pública, lesivo de las garantías fundamentales, al preceptuar un trato discriminatorio o diferenciado, sin razón alguna. Planteamiento que queda claramente desarrollado al revisar un antecedente histórico; *“la ley de restauración de la administración pública”* proferida en el año 1933 por el régimen Nazi, en donde se buscó excluir del empleo público a los judíos, para beneficiar la entonces considerada raza aria en la Alemania Nazi. Para una mejor comprensión se presenta el siguiente fragmento del texto “Inmunidad Olímpica”:

“(…) La ley de restauración de la administración pública fue promulgada el 7 de abril de 1933, un mes después de la victoria del partido Nazi liderado por Adolf Hitler. Esta ley decretó que los funcionarios y empleados judíos así como aquellos “políticamente poco fiables” fueran excluidos de la administración pública. La nueva ley fue la primera que incluyó el llamado párrafo ario, utilizado después en distintas normas para excluir a los judíos (y por extensión a otros no arios) de distintas organizaciones, profesiones y sectores de la vida pública. Sucesivamente,

leyes y decretos limitaron el número de estudiantes judíos en las escuelas y universidades alemanas (...)” (Suarez González, 2019)

En esta instancia, con el ánimo de brindar una mayor cimentación, a los argumentos por presentar, cabe resaltar que, la falta de técnica legislativa y exceso de ligereza en el Congreso de la Republica, ya fueron identificadas en el texto “*Derechos, Constitucionalismo y Democracia*” en donde se expone lo siguiente:

“Control de Calidad de las Normas en el Congreso

Por último, la propuesta del doctor Amaya a favor de la creación de una instancia en el Congreso encargada de la técnica legislativa- entendida esta en sentido amplio no solo como la correcta hechura de las normas legales sino además un examen previo de sujeción al orden constitucional y a los precedentes constitucionales en la materia- contribuiría decisivamente a la racionalización de la tarea legislativa, así como a la descongestión del control de constitucionalidad. Habría que pensar, adicionalmente, en la creación de una instancia ejecutiva que se encargara de hacer propuestas legislativas a partir de las decisiones jurisdiccionales de la Corte, que son un buen indicativo de donde radican los problemas más grandes de la actividad estatal en el proceso de institucionalización de la razón que implica el proyecto constitucional” (R. Arango, 2004, Universidad Externado de Colombia)

Ante tal panorama, solo queda insistir, en que nuestro órgano legislativo requiere con urgencia, una mayor tecnificación, que le permita operar con una mayor calidad en la gestión, ajustándose a las necesidades actuales de la sociedad colombiana.

3. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

- **ARTICULO 5.** *El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.*

(...)

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

1.(...)

2.(...)

(...)

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

(...)

- **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.

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

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

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

(...)

- **ARTICULO 130.** *Habrará una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.*

(...)

- **ARTICULO 243.** *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.*

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

4. EXPOSICION DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y RAZONES DE LA DEMANDA:

4.1 CARGO PRIMERO:

AFECTACION DE LOS DERECHOS INALIENABLES DE LAS PERSONAS (Artículo 5° Constitución Política)

El concurso de ascenso – cerrado, introduce por medio del mandato legal una nueva dinámica en el sistema técnico de administración de personal; denominado carrera administrativa. Modificación que supone una afectación al pilar constitucional de la meritocracia, así como también la transgresión del derecho a la igualdad, del derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y del derecho de acceso a la función pública, de quienes no se encuentran inscritos en la carrera administrativa, al privilegiar con un concurso cerrado y exclusivo a quienes ya pertenecen a la carrera administrativa. Dicho de otro modo, el legislador consideró pertinente sacrificar, la expectativa de derecho de quienes no pertenecen a la carrera administrativa, en beneficio de quienes están ya registrados en ella.

La norma es excluyente, en el sentido de priorizar el concurso de ascenso cerrado, convirtiendo el concurso de méritos abierto, en un proceso residual, en el que se ofertan solo el 70% de las vacantes, no apetecidas por los empleados de carrera y que no fueron ofertadas en el concurso cerrado. Un trato diferenciador no admisible, tampoco soportable, por comprometer derechos humanos, cuya restricción no es procedente, bajo nuestro marco constitucional.

Se impone una carga para los ciudadanos, no inscritos en carrera administrativa, que no están obligados a soportar, en perjuicio de los derechos propios; pero en beneficio de una categoría de ciudadanos (empleados de carrera) que no son sujetos de especial protección constitucional. Así las cosas, las condiciones impuestas en el concurso de ascenso (cerrado), son desproporcionadas e injustificables limitaciones a los derechos. Generándose con ello, una desigualdad evidenciada en una ventaja para los empleados de carrera, habilitados para participar en todos los procesos de selección, es decir tanto en los de ascenso (cerrados), como en los de ingreso a la carrera (abiertos).

Por lo expuesto, la implementación de un concurso cerrado de ascenso significa; i) un retroceso; en la protección de los derechos humanos, ii) en la gestión pública contemporánea, iii) y un evidente desconocimiento de los principios de la función administrativa, establecidos en el artículo 209 de la norma superior.

La Corte Constitucional, se refirió a los derechos inalienables, del siguiente modo:

“La persona humana en su manifestación individual y colectiva es contemplada en la Constitución como fuente suprema y última de toda autoridad y titular de derechos inalienables para cuya protección se crea el Estado y éste le otorga competencias a sus agentes.

El Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona humana (CP art. 5o.). De tal manera, los derechos y garantías de las personas consagrados en la Constitución, están inspirados en el respeto y promoción de la persona humana.

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución de 1.991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. Fuerza concluir, que el carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto

constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana.” (Corte Constitucional, MP. Hernando Herrera Vergara, Sentencia T-116 de 1993)

Así las cosas, de la lectura anterior y del artículo 5° Constitucional se obtiene que “*el estado reconoce, sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)*” evidenciándose una posición garantista del Estado frente a la protección de los derechos, los cuales deben prevalecer en la dinámica estatal. Situación que no fue respetada por el legislativo, en la reforma normativa cuestionada.

4.2 CARGO SEGUNDO:

VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD (Artículo 13° Constitución Política)

Al establecerse mediante la ley 1960 de 2019, dos clases de concursos (abierto de ingreso o cerrado de ascenso), con ello automáticamente se derivó la distinción entre dos categorías de ciudadanos; (i) quienes no hacen parte de la carrera administrativa, y que en algunos casos tampoco gozan de un empleo y (ii) quienes ya disfrutaban del empleo digno y se encuentran inscritos en la carrera administrativa. Distinción necesaria para comprender que, el concurso de ascenso privilegia al segundo grupo de personas, en perjuicio del primero. Esto es evidente al entender que quienes no gozan de inscripción en carrera administrativa, ahora deben soportar una afectación o restricción en su derecho de participar en igualdad de condiciones, en beneficio de las personas que ya gozan del trabajo digno.

Tal es la desproporción, planteada en la norma, que en aquellos eventos en donde la entidad aplique el concurso cerrado, lo aspirantes inscritos en carrera podrán participar por el 100% de las vacantes, en ambos procesos de selección (abierto y cerrado), gozando de una doble aspiración. Por otra parte, están quienes no están en carrera administrativa; es decir personas nombradas en provisionalidad, o vinculadas mediante Contrato de prestación de servicios y las personas sin ningún empleo, quienes solo podrán aspirar al 70% por ciento de las vacantes, en un proceso residual de selección abierto, con las vacantes no ofertadas en el concurso cerrado de ascenso.

Es preciso recordar que el texto original la ley 909 de 2004, jamás realizó una distinción, tal como la que ahora impone la modificación normativa aquí cuestionada, modificación que, al contener una clara limitación, para quienes no pertenezcan a la carrera administrativa, incorpora un retroceso en la protección de los derechos humanos, que no puede admitirse en el Estado Social de Derecho. La ley 1960 de 2019 introduce de forma caprichosa, y sin justificación un concepto violatorio de los derechos humanos, como lo es el concurso de ascenso - cerrado, privilegiando a quienes ya gozan del vínculo laboral, por encima de quienes no lo tienen. Concesión realizada a los empleados inscritos en Carrera que, en un país con grandes desigualdades y problemáticas sociales, no es aceptable ni justificable.

Más evidente es la afectación al derecho a la igualdad, si se contempla que, dentro de las entidades públicas, además de existir empleados de carrera administrativa, también encontramos personal nombrado en provisionalidad, y por contrato de prestación de servicios, con gran antigüedad, que del mismo fueron excluidos del concurso de ascenso-cerrado, exclusión o diferenciación que no tiene sustento.

Respecto del derecho a la igualdad de oportunidades, la Corte Constitucional, planteo la definición del siguiente modo:

“El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada igualdad de oportunidades, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ellas pueden fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo o estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, culminación de un proceso académico, etc).” (Corte Constitucional, MP. Jose Gregorio Hernández Galindo, Sentencia T - 624 de 1995)

En distinta oportunidad, mediante la **Sentencia C-588 de 2009**, la Corte Constitucional rescato el derecho a la igualdad en el marco de la carrera administrativa, expresando además lo siguiente:

(...) En resumidas cuentas, el artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 de 2008 reemplaza la regulación general que sobre la carrera administrativa consagra el artículo 125 de la Constitución, pues establece un régimen distinto para acceder a la carrera, régimen del que son beneficiarios determinados servidores y, fuera de reemplazar lo regulado, suspende transitoriamente la vigencia del artículo 125 superior, para que “durante un tiempo de tres años” opere el régimen contemplado en el párrafo adicionado a la preceptiva constitucional reemplazada y suspendida.

(...)

La competencia del legislador para determinar las excepciones a la carrera administrativa se ejercita debidamente, “siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”, ya que la alteración de ese orden se traduce, además, en la incorporación de “discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad (...)” (Corte Constitucional, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia C - 588 de 2009)

Por lo descrito el concurso de ascenso-cerrado, cercena el derecho a la igualdad, al establecer tratos preferentes, sin justificación y en perjuicio de una categoría de ciudadanos, coartando la posibilidad de acceso al empleo público, al limitar la aspiración y oportunidad, de quienes no hacen parte de la carrera administrativa. Limitación que no es aceptable, si se observa que el concurso de méritos abierto, tradicionalmente utilizado en Colombia, ahora es desplazado por mandato de la norma demandada, ante un concurso de ascenso cerrado, al que tan solo pueden aplicar ciudadanos claramente identificables (empleados con derechos de carrera) a quienes la norma acusada, considera más aptos, o con un mejor derecho. Generándose una clara involución o retroceso, en la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades, y en las practicas administrativas de gestión de personal.

4.3 CARGO TERCERO:

LIMITACION DEL DERECHO AL TRABAJO (Artículo 25° Constitución Política)

La implementación del concurso de ascenso cerrado, no es justificable, al verificarse que la modificación a la norma desconoce el trabajo como un derecho que goza de especial protección “*en todas sus modalidades*”, incluyendo entonces el trabajo al servicio del

estado, que si bien es cierto debe considerarse como una categoría de trabajo especial, también lo es que, esa calificación no admite de ningún modo tratamientos discriminatorios.

Es preciso indicar que el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, fundamentos del estado social de derecho, de acuerdo con el artículo 1° de la Constitución Política, exigen de las autoridades una constante revisión de las particularidades sociedad colombiana. Fundamentos del Estado Social de derecho, que solo pueden ser protegidos, bajo una constante evaluación de la congruencia y objetividad, entre las decisiones adoptadas y las verdaderas necesidades del conglomerado social.

La norma demandada, desconoce el derecho de toda persona, sin exclusión, a un trabajo en condiciones dignas y justas, puesto que no es comprensible desde la realidad colombiana, con altos índices de desempleo e informalidad laboral, que en vez de procurarse el acceso de más colombianos a la formalidad laboral, se restrinja la oportunidad de trabajo. En Colombia una gran parte de la población no goza de un empleo formal, además aún existen compromisos pendientes respecto de la inclusión de personas con discapacidad, al mercado laboral. Lo cual evidencia aún más el desacierto que constituye la implementación de un concurso cerrado, con el que se estrecha la vía, u oportunidad de acceso al trabajo, de quienes no se encuentran en carrera administrativa y de quienes no tienen empleo alguno. Practica que no puede ser concebida en ningún escenario laboral, menos en el sector público.

Es así como la reducción o limitación en la oportunidad de acceso al vínculo laboral, no podría justificarse, en la protección de la expectativa del derecho a un mejor trabajo, de quien ya tiene uno, pues se debe insistir en que la realidad de Colombia, y la Constitución, exigen una postura solidaria y humanista. En ese sentido, la norma acusada en el contexto colombiano, se traduce en: menos oportunidad, para quien más la necesita.

Ahora bien, para una mayor precisión de las connotaciones de la protección especial que brinda la Constitución, en su artículo 25 al derecho al trabajo, este debe analizarse de manera conjunta con el artículo 53, en donde se plantea una igualdad de oportunidad, para los trabajadores. Impone además una limitación al órgano legislativo, al preceptuar, lo siguiente:

“(…)

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

Dicha exigencia, constituye una limitación a la actividad legislativa, la cual queda sometida en su actividad, a esas tres condiciones de no menoscabar; i) la libertad, ii) la dignidad humana, ni iii) los derechos de los trabajadores.

El derecho al trabajo se encuentra también desarrollado en el artículo 54 de la constitución, en el cual se determina que “(…) *El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo (…)*” precepto que permite una comprensión integral del derecho al trabajo, cercenado por la ley 1960 de 2019, en la cual se prioriza el derecho a un nuevo y mejor trabajo para los empleados de carrera, en perjuicio del derecho de las demás personas en condiciones de laborar, que aún no han logrado acceder a la formalidad laboral. Igual sucede con las personas en situación de discapacidad, sujetos de especial protección constitucional, que la norma también desplaza, sin considerar la situación de debilidad manifiesta.

Por su parte la Corte Constitucional, se pronunció sobre el derecho al trabajo, realizando las siguientes precisiones:

“La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”.

(...)

*También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; **el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”** y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.*

*De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. **En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior).** Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.” (Corte constitucional, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C -593 de 2014)*

(Subrayado y negrilla propias)

Del texto anterior, se desprende una clara concepción del derecho al trabajo, como requisito imprescindible del estado, derecho el cual no se circunscribe tan solo al derecho a acceder a un empleo, pues como quedo expuesto, el derecho al trabajo está presente a lo largo de la norma superior, en diferentes desarrollos normativos, que no fueron tenidos en cuenta con la expedición de la ley 1960 de 2019. Ahora bien, el artículo 334 de la norma superior, citado por la Corte Constitucional, adquiere un valor esencial para el cargo formulado, pues en dicho mandato se genera un marco especial de protección del derecho al trabajo, cuando se establece: “*El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos.*” Por otra parte, la Corporación recuerda que existe un límite a la actividad legislativa, contenida en el artículo 53 Constitucional.

Así las cosas, desde cualquiera de las acepciones presentadas por la Corte Constitucional, es innegable que el concurso de ascenso cerrado, contenido en el artículo 2º de la ley 1960 de 2019, desatiende los postulados constitucionales, antes analizados en la exposición integral del derecho al trabajo, contenida en la Sentencia C -593 de 2014.

4.4. CARGO CUARTO:

AFECTACION DEL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCION PUBLICA (Artículo 40 – 7 Constitución Política)

Como se desprende de la lectura de la norma constitucional, el derecho de acceso a la función pública, establecido en el, artículo 40 numeral 7, no admite limitación alguna, o restricción, más que en aquellos casos en los que el ciudadano exhiba doble nacionalidad, excepción la cual debe ser reglamentada por la ley. Tal y como se observa, se trata del único evento en el que la norma superior contemplo un impedimento para el desempeño de ciertos cargos públicos, entendiéndose entonces que la doble nacionalidad, es la única causal constitucional que podría limitar la participación o aspiración de un ciudadano, al empleo público. Distinto es el cumplimiento de los requisitos y calidades específicas para el correcto desempeño en un empleo específico, que para cada caso concreto se determina en el manual de funciones y requisitos, por mandato de los artículos 122 y 125 de la norma superior.

En ese orden de ideas, restringir el acceso al empleo público, no en virtud de la doble nacionalidad o los requisitos del empleo, como lo hace la norma demandada, resulta evidentemente lesivo y excesivo, más aún en este caso, al sacrificarse el derecho de acceso al empleo público, de quienes no cuentan con uno, sin ninguna justificación. Dicho de otro modo, quienes no cuentan con un empleo público, ahora deben ceder en su expectativa y restringir su aspiración, en favor de quienes ya cuentan con el empleo público, según la norma demandada. Así las cosas, la afectación al derecho de acceso a la función pública, además implica una afectación del derecho al trabajo, inadmisibles en el marco Constitucional colombiano.

En este punto es preciso señalar, que el Derecho de acceso en igualdad de oportunidades a la función pública está instituido también en el compendio normativo de la Carta Internacional de los Derechos Humanos. Es así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) lo consagra en su artículo 21, del siguiente modo:

(...)

Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Por su parte el derecho de acceso a la función pública también encuentra regulación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el cual se transcribe así:

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

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

De acuerdo con las normas señaladas, el derecho de acceso a la función pública, debe brindarse en condiciones generales de igualdad, es decir sin desmedro de la oportunidad en el acceso, ni discriminación de ninguna índole. Las normas de derecho internacional citadas cuentan con ratificación por parte del estado colombiano y forman parte del bloque de Constitucionalidad. Instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, los cuales no admiten limitación de ningún tipo, ni es posible desconocerlos, menos con el objeto de privilegiar a un grupo de ciudadanos, en perjuicio del otro.

Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de estricta observancia, que tampoco fue estudiado por el órgano legislativo, al introducir la figura del concurso cerrado de ascenso, en el artículo 2° de la Ley 160 de 1960, quebrantándose con ello nuevamente la norma Constitucional, en su artículo 93. Desatención respecto de la Constitución, así como de la norma internacional, que no debe admitirse.

Por su parte la Corte constitucional, en su conceptualización sobre el derecho de acceso a la función pública, permite advertir de mejor manera que, en efecto el concurso cerrado de ascenso, es lesivo de la constitución política, veamos:

“(…)La Corte ha sostenido que en tratándose del acceso a los cargos públicos, el legislador debe propender -en esencia- por el equilibrio entre dos principios de la función pública, a saber: (i) El derecho de igualdad de oportunidades que tienen todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (CP arts 13 y 40) y; (ii) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la Administración, mediante mecanismos que permitan seleccionar aquellos

trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo.

Así pues, aunque la discrecionalidad del Legislador es amplia para efectos de regular los requisitos y condiciones de acceso a la función pública, no puede por ello desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes a ocupar un cargo público, tales como, el derecho de participación y de igualdad. Por el contrario, bajo los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, debe propender por establecer condiciones que se ajusten al mérito, a la capacidad de los aspirantes y, especialmente, a las exigencias del servicio.” (Corte Constitucional, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C- 288 de 2014)

La misma Corte Constitucional establece que, la libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa, es válida, siempre que se ejerza dentro de los límites de la constitución. Lo cual no ocurre con ley acusada, por incorporar un concurso cerrado de ascenso, en el cual solo pueden participar una categoría minoritaria de ciudadanos, que son los empleados de carrera administrativa.

Aunado a lo anterior, el principio de proporcionalidad también desarrollado por la Corte Constitucional, establece que la restricción de un derecho, solo es procedente, si la efectividad del fin que se persigue, se alcanza en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción. En este punto se debe insistir en que la afectación de todos los derechos enunciados, no es desde ningún punto de vista proporcional, al observar que el concurso cerrado solo beneficia a un sector poblacional (empleados de carrera), que no cuenta con calificación o categoría especial, como la de sujeto de especial protección constitucional. Dicho de otro modo, se utilizó la reforma a la ley, para conceder unos beneficios a los empleados de carrera, en afectación del resto del conglomerado social.

4.5. CARGO QUINTO:

DESCONOCIMIENTO DEL PILAR DE LA MERITOCRACIA (Artículo 125 Constitución Política)

De la lectura del artículo 125 Constitucional, se debe rescatar el principio de la meritocracia, analizado por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias emblemáticas. Especialmente en la Sentencia C -249 de 2012, se hizo referencia a la carrera administrativa y al mérito e igualdad como sus elementos integradores, del siguiente modo:

En este mismo sentido se ha dicho que para garantizar el principio estructural de la carrera administrativa y sus elementos consustanciales de mérito e igualdad se prohíbe, "...prever condiciones que impiden la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma" (Corte Constitucional, MP. Juan Carlos Henao, Sentencia C -249 de 2012)
(Subrayado y negrilla propias)

Por lo evidenciado, es imprescindible reconocer que, de acuerdo con las consideraciones realizadas por el órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional, el ingreso a la carrera administrativa, no puede ser más restrictivo que el ascenso en ella. Queda evidenciado que el concurso de ascenso - cerrado, contemplado en la ley 1960 de 2019 artículo 2º, no considero dicho planteamiento, al imponer condiciones más restrictivas para el ingreso a la

carrera, que para el ascenso en ella. Más aún se excedió la norma demandada, al priorizar el ascenso en la carrera, sobre el ingreso a la misma, en una clara discrepancia con la norma de normas.

Se observa dentro del mismo juicio de constitucionalidad, que fue analizada la posición de la CNSC en la cual solicita se declare inexecutable el Acto legislativo 04 de 2011, cuya intervención se plasmó del siguiente modo:

“(…) señala que el sistema de carrera administrativa, así como el mérito, la igualdad de oportunidades y el concurso público y abierto, conforman un elemento esencial definitorio de la Carta Política, aplicables a los procesos de selección y de ascenso. Del mismo modo indica que el Acto legislativo cuestionado impacta el principio del mérito porque otorga una ventaja en la calificación a los provisionales y encargados a quienes les otorga una calificación aprobatoria en las pruebas de conocimiento, desarticulando temporalmente el sistema de carrera administrativa en el país e imponiendo contenido normativo totalmente distinto al establecido por la Constitución Política de 1991. En este sentido manifiesta que no se trata únicamente de un cambio de redacción sino de la modificación del contenido esencial de los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución, así como de todo el sistema de carrera administrativa.

3.1.3. Igualmente se dice que no sólo es una excepción a la regla general dado que la salvedad establecida en el acto legislativo impide que la identidad de la Constitución mantenga su alcance general y, aun admitiendo que se tratara de una limitación, ella habría de calificarse como sustitutiva dado que supone que la esencia de un elemento definitorio de la Carta pierda vigencia para algunos casos y durante cierto tiempo.

3.1.4. Finalmente especifica que el Acto Legislativo cuestionado implica el establecimiento de un privilegio arbitrario y, por esa vía, una afectación profunda de la manera en que se proyecta el derecho a la igualdad en el sistema de carrera administrativa.” (Corte Constitucional, MP. Juan Carlos Henao, Sentencia C -249 de 2012)

Bajo dichos planteamientos, no queda la menor duda de que, el concurso de ascenso – cerrado, no es aplicable en Colombia, en vigencia de la Constitución de 1991. Con la expedición de la Ley 1960 de 2019, específicamente en el artículo 2º, el legislador excedió su margen de competencias, al no atender el criterio de la meritocracia, como criterio imperativo.

Por otra parte, el artículo 125 de la norma constitucional, en su tercer inciso pertinentemente impone limitaciones, a la actividad legislativa, al señalar que por medio de la ley se establecerán las condiciones que permitan *“determinar los méritos y calidades”*. Dicho de otro modo, el acceso al empleo público solo puede estar limitado por la ley, en virtud de i) la doble nacionalidad (artículo 40), o ii) por el cumplimiento de requisitos generales que, permitan obtener certeza de las aptitudes, capacidades e idoneidad del aspirante. En virtud de lo expuesto, queda visto la expedición de leyes en materia de carrera administrativa, merece especiales controles, en procura de evitar extralimitaciones, como las observadas.

Por su parte la Carta iberoamericana de la función pública (2003), establecen criterios claros, que deben ser atendidos por los estados parte, veamos:

8. Principios rectores

(…)

Igualdad de todos los ciudadanos, sin discriminación de género, raza, religión, tendencia política u otras.

20. Acceso al Empleo

(...)

b) Libre concurrencia, de acuerdo con unos requisitos generales de acceso al empleo público y sin más restricciones que las derivadas del perfil de competencias, que en todo caso deberá corresponderse con los requerimientos funcionales del puesto.

De lo expuesto se debe rescatar que, en los instrumentos de gestión del talento humano Estatal, no es viable incorporar condiciones restrictivas o excluyentes, entre los aspirantes o entre los ciudadanos con vocación de acceso a la función pública. Así como tampoco es aceptable, duplicar el desgaste institucional en la aplicación de los instrumentos de selección de personal, como se establece en la ley 1960 de 2019, invirtiendo un doble esfuerzo en la realización de los dos concursos ordenados, es decir el cerrado de ascenso y el abierto de ingreso. Queda demostrado que también se legislo, sin comprender la necesidad de perseguir la eficacia en la gestión, la simplicidad en los procedimientos y la optimización de los recursos, establecida por los principios constitucionales de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la norma superior.

Por otra parte, la inviabilidad del concurso de méritos de ascensos, ya fue establecida, previo análisis por parte de la Corte Constitucional, en donde mediante **Sentencia C-1262 de 2005**, en donde fue objeto de revisión el Decreto 765 de 2005 mediante el cual se regula el sistema específico de carrera en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. En desarrollo de la acción de inconstitucionalidad se profirió fallo, en el que se determinó declarar la inconstitucionalidad de las expresiones en las que se establecía el concurso de ascenso.

La Sentencia C-1262 de 2005, oportunamente condensa en su parte considerativa, las razones por las cuales, el concurso de méritos no es admisible, en ninguna otra modalidad que no sea el concurso abierto e igualitario, lo cual fue desarrollado así:

“(...)

Respecto del primer fundamento ha determinado este Tribunal Constitucional que el contenido del artículo 125 de la Carta, dispone a este respecto dos subprincipios relevantes, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera salvo las excepciones constitucionales y legales y que el mecanismo para ser nombrado en carrera es el concurso público, salvo que la Constitución o la ley haya establecido para ellos otro sistema de nombramiento, caso en el cual ya no son de carrera:

“En consecuencia, el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. La disposición constitucional no distingue si se trata de nombramientos para ingresar o ascender en la carrera al establecer el concurso público como condición del nombramiento del funcionario que pretende ocupar un cargo de carrera. Si la Constitución no distingue entre el ingreso a la carrera y el ascenso a la misma – sino que por lo contrario impone, en ambos casos, que se cumplan <los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes> (art. 125 C.P.) –, no corresponde al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público. El concurso público tiene como

función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante (arts. 125 y 209 C.P.), sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a las funciones y cargos públicos (art.40 num. 7 C.P.). (...)” (Corte Constitucional, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C -1262 de 2005)

En otro segmento del fallo analizado, se confirma, que la provisión de empleos, no puede concebirse bajo ninguna modalidad que genere tratos distintos, entre quienes desean ingresar a la carrera y quienes desean ascender en ella, en procura del tratamiento igualitario. Análisis ajustado al mandato constitucional, que fue plasmado así:

“(…)

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

La segunda justificación a partir de la que la Corte consideró inconstitucionales los concursos cerrados, y según la cual el fundamento sustancial que ampara la realización de los concursos es garantizar la provisión de cargos de carrera con base en el mérito, ha derivado para esta Corporación en la obligación de velar por el establecimiento de normas que garanticen una evaluación objetiva del mérito de quienes concursan para quedar en el cargo. De este modo se ha limitado la libertad del legislador para regular los sistemas de concurso “...de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, [por lo que] no pueden desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.” (Corte Constitucional, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C -1262 de 2005)

(Subrayado y negrilla propias)

Así mismo, en dicha oportunidad la corporación recordó, la imposibilidad de imponer requisitos diferentes, entre los aspirantes, en atención al mérito y las condiciones de igualdad. Definiendo con ello que el concurso de selección cerrado, no es aceptable, con palabras que se transcriben a continuación:

18.- La observancia del mérito, como elemento fundamental que debe inspirar los concursos al cabo de los cuales se proveerán los cargos de carrera, trae como consecuencia la verificación - por parte del juez de control de constitucionalidad - de la disposición de condiciones de igualdad en la evaluación de los aspirantes que participan en un concurso para acceder a un cargo de la carrera. En este orden, junto con los concursos cerrados quedaron también proscritas aquellas formas de evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican para unos aspirantes pero no para otros. Esto es consecuencia lógica de la declaratoria de inconstitucionalidad de los concursos cerrados por excluir de la posibilidad de participación en ellos a algunas personas, pues de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todas no se les evalúa igual. (Corte constitucional, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C -1262 de 2005)

En definitiva, se evidencia que la ley 1960 de 2019 artículo 2°, se aparta de los preceptos constitucionales y la doctrina Constitucional.

4.6 CARGO SEXTO:

USURPACION DE LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS POR LA CONSTITUCION A LA CNSC. (Artículo 130. Constitución Política)

Es muy precisa la norma constitucional, al asignar las competencias de administración y vigilancia de la carrera administrativa únicamente a la CNSC, competencias que además se ejercen de forma exclusiva por parte de dicho órgano autónomo e independiente. En ese sentido la norma acusada, desplaza a la CNSC en el ejercicio de sus competencias de administrar la carrera, al otorgar la facultad a cada entidad pública, de optar por uno de los dos tipos de procesos de selección (cerrado de ascenso o abierto de ingreso), de acuerdo con el parágrafo del artículo 2° de la ley 1960 de 2019.

Situación que, podría generar conflictos entre la CNSC, las entidades públicas y los sindicatos, en torno de la aplicación de una u otra modalidad, del concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera.

Constituye un error garrafal, ceder tal espacio decisivo a las entidades públicas con oferta de empleos, muchas de ellas con dinámicas y administraciones cambiantes, algunas renuentes a la aplicación de los procesos meritocráticos que, con fundamento en los conflictos suscitados, podrían dilatar o pretender anular procesos de selección innecesariamente. Someter a la CNSC a la determinación por parte de cada institución, de viabilizar la realización de uno u otro concurso, supone someter la gestión de dicho órgano autónomo de rango constitucional a intereses particulares, suprimiendo la independencia y autonomía que le otorga la norma constitucional.

En concreto, las competencias otorgadas por la Constitución, a la CNSC fueron usurpadas por el Congreso de la República, quien dispuso de ellas arbitrariamente y las reasignó, o cedió sin justificación, a las entidades públicas con oferta de empleos, que ahora estarán facultadas para viabilizar o entorpecer, la ejecución de los procesos de selección meritocráticos, según criterio propio.

Con respecto a la administración de la carrera administrativa, establecida en el artículo 130 de la Constitución, la Corte Constitucional se pronunció, en el siguiente sentido:

“(…) No puede dejarse de poner en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil funciones que clara y evidentemente se requiere tener asignadas para poder ‘administrar’ o ‘vigilar’ un sistema de carrera administrativa. Si bien existen ‘zonas de penumbra’ en que el alcance del significado de la expresión ‘administración’ de los sistemas de carrera pueden ser precisadas o delimitadas con autoridad por parte del legislador respecto a qué implica administrar o vigilar un sistema de carrera administrativa, existe un núcleo duro de significado, unos contenidos mínimos que no pueden ser desconocidos.

4.2.3. Según el uso corriente de la expresión ‘administrar’, se hace referencia a ordenar, disponer u organizar. Teniendo en cuenta el uso habitual de las expresiones en derecho, concretamente, puede señalarse que administrar implica, ‘gobernar’, ‘regir’, ‘cuidar’, ‘manejar’. De forma específica, suele entenderse que la administración de un asunto público, suele implicar algunos aspectos básicos. A saber, la autoridad, sin la cual, nada se puede ordenar, exigir ni imponer; la responsabilidad, para que no se trate de un poder arbitrario; la independencia, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la permanencia, por la naturaleza de sus fines y la capacidad de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública. En tal sentido, estos conceptos constituyen unos de los criterios básicos para establecer los contenidos básicos y nucleares de la ‘administración de las carreras administrativas.” (Corte Constitucional, MP. María Victoria Calle Correa, Sentencia C-471 de 2013)

Del análisis anterior, se obtiene que la administración de la carrera administrativa, en los casos asignados a la CNSC, ya fue concretada, como un compendio de facultades tales como; la autoridad, la responsabilidad, y la independencia. Atribuciones que la ley acusada, le restringió al mencionado ente autónomo de rango constitucional. Exhibiéndose con ello una vez más, desatención por parte de la ley 1960 de 2019, de los preceptos constitucionales, y afectando con ello las competencias constitucionales asignadas a la CNSC, sin considerar en absoluto la jerarquía que ostentan los entes públicos, de origen constitucional, pues son columnas inamovibles de la estructura del estado. En consecuencia, por medio de la norma demandada, se observa que de forma injustificada se introdujo una alteración en la carrera administrativa, incompatible con la norma constitucional, e inconveniente desde todo punto de vista.

4.7 CARGO SEPTIMO:

VIOLACION DE LA COSA JUZGADA MATERIAL (Artículo 243 Constitución Política)

Al definir la cosa juzgada material, la Corte Constitucional, señala que debe existir identidad, entre el contenido normativo objeto del análisis actual, y aquel que fue objeto del pronunciamiento anterior, lo cual quedo definido del siguiente modo:

“(…)6.3.4. Igualmente la Corte Constitucional ha establecido el criterio de cosa juzgada material que consiste en que la disposición acusada "tiene un contenido normativo idéntico al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables en el segundo caso y la decisión que habría que adoptarse sería la misma que se tomó en la Sentencia anterior (…)" (Corte Constitucional, MP. Juan Carlos Henao, Sentencia C -249 de 2012)

De acuerdo con el texto transcrito, de constatarse la existencia de la cosa juzgada material, procederá una decisión, en el mismo sentido.

En ese orden de ideas respecto del concurso de ascenso cerrado, incorporado mediante el artículo 2° de 1960 de 2019, debe señalarse que el congreso reprodujo el contenido material de normas, retiradas del ordenamiento jurídico mediante la **Sentencia C-1262 de 2005**, en donde oportunamente expuso en su parte considerativa, las razones por las cuales, el concurso de méritos de ascenso o bajo ejes diferenciadores entre los aspirantes, no es admisible bajo el actual marco constitucional.

En dicha oportunidad, la Corte Constitucional, analizó expresiones contenidas en el decreto 765 de 2005 mediante el cual se regula el sistema específico de carrera de la DIAN, decisión en la cual reitero la imposibilidad de dar viabilidad, a la realización de concursos cerrado, o procesos de selección en los que se conceda un tratamiento diferenciado, veamos:

“(…)En este orden, junto con los concursos cerrados quedaron también proscritas aquellas formas de evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican para unos aspirantes pero no para otros. Esto es consecuencia lógica de la declaratoria de inconstitucionalidad de los concursos cerrados por excluir de la posibilidad de participación en ellos a algunas personas

(…)

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

El privilegio injustificado consiste en este caso, en que de entrada se rompe con la igualdad de condiciones para concursar, pues quienes no están inscritos en la carrera de la DIAN, incluso si sus méritos llegaren a ser superiores a los de quienes si lo están, carecen de la posibilidad cierta de ser evaluados en los ítems referidos a la “experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales.” Ni siquiera - como lo exponen algunos de los intervinientes – si el fin pretendido con la norma es reconocer el desempeño de los empleados inscritos en carrera mediante el privilegio en la evaluación del concurso para lograr su promoción. Como se explicó ampliamente ésta no resulta ser una razón suficiente para sacrificar los principios constitucionales que enmarcan el acceso a la carrera en igualdad de condiciones. Tampoco, como se afirma en los referidos escritos de intervención, resulta satisfactoria la explicación según la cual con la disposición bajo estudio no se vulnera la igualdad de oportunidades, en tanto se permite la participación de todas las personas con los requisitos, independientemente de si están o no inscritas. El anterior argumento se cae por su propio peso, en razón a que el supuesto no es solamente igualdad de oportunidades para participar en los concursos, sino y sobretodo, igualdad de oportunidades en la calificación. (Corte constitucional, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C -1262 de 2005)

(Subrayado y negrilla propias)

Para la Corporación, es tan excluyente, la aplicación de concursos cerrados, como la aplicación de criterios diferenciados de selección, pues se rompe la igualdad de condiciones y el equilibrio que debe existir entre los aspirantes.

Así las cosas, la ley 1960 de 2019 en su artículo 2°, replicó condiciones desiguales, en el marco de un concurso cerrado de ascenso, que ya fue objeto de análisis, mediante **Sentencia C-1262 de 2005**, en donde se determinó la inexequibilidad del concurso de ascenso para la DIAN.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Con el ánimo de condensar los cargos formulados, es pertinente plantear que los argumentos esgrimidos, nos llevan a la conclusión de que la norma demandada, genera un retroceso, tanto en la protección de los DDHH, como en las prácticas de la gestión pública, lo cual no es compatible con la Constitución Política.

El Concurso de acceso al empleo de carrera, debe tener una doble connotación, pues mediante él se permite el acceso al empleo de carrera o el ascenso en la misma, según la calidad del aspirante, que obtenga los mejores resultados y la calidad de elegible con opción preferente. Mas nunca podría tener una doble clasificación, basada en una categoría diferenciadora, no contemplada en la Constitución. Dicho de otro modo, el concurso de méritos abierto de ingreso, es a su vez de ascenso, por voluntad Constitucional. Mientras que el concurso de ascenso cerrado (creación del órgano legislativo) no es incluyente, por limitar la libertad en la participación. Por defecto, toda aquella etapa o criterio dentro del proceso de selección que no sea objetivo, es de tipo subjetivo, por lo tanto, inaceptable. En ese sentido, es pertinente la unificación del proceso de selección abierto e incluyente, para el ingreso y el ascenso en el empleo público, que originariamente planteaba la ley 909 de 2004 en su artículo 29, sin modificaciones.

Tenemos entonces que el proceso de selección cerrado de ascenso, de que trata la ley 1960 de 2019 en su artículo 2°, transgrede la norma superior, por despreciar al ciudadano no inscrito en carrera, que es ubicado en una categoría inferior, a la del ciudadano inscrito en carrera, por voluntad del legislador.

El concurso de selección abierto tradicionalmente utilizado, permite del mismo modo, ingresar a la carrera o ascender en ella, según sea el caso, sin brindar un trato diferenciado a los aspirantes, ni limitar la oportunidad de acceso en condiciones de igualdad, en perjuicio de unos, y para beneficio otros. Es por ello que el concurso abierto e igualitario, ofrece mejores y mayores garantías para cualquier ciudadano con vocación o aspiración, de acceder al empleo público de carrera, sin tener en consideración más que el cumplimiento de los requisitos exigidos, en términos generales, para ocupar un determinado empleo.

El sistema de técnico de administración de personal, denominado carrera administrativa, goza de una sólida normatividad, que se desprende de la Constitución, especialmente en lo relacionado con el concurso de méritos de acceso al empleo público de carrera. Ahora bien, Exceptuando el nombramiento en provisionalidad, que no ha gozado de la misma atención, pues no tiene definido un lineamiento, que permita cumplir con los postulados constitucionales; podría afirmarse que la carrera administrativa en Colombia, goza de una evolución acorde, con los modelos contemporáneos de administración pública.

Así las cosas, el Congreso erróneamente introdujo tácitamente una reforma a la constitución, por medio de una ley de la república. Injerencia sobre la norma de normas y quebranto a los derechos, que no puede ser tolerada. Pues como se manifestó el concurso de méritos abierto, para el acceso al empleo público, tiene suficientes bases normativas y jurisprudenciales, que hacen pertinente y necesario, declarar la inexequibilidad de las expresiones acusadas, contenidas en el artículo 2° de la ley 1960 de 2019.

6. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política.

7. PRETENSION

Con fundamento en los argumentos esgrimidos en los cargos presentados, se solicita:

1. Se **DECLARE INEXEQUIBILIDAD** de los apartes identificados en el artículo 2° de la ley 1960 de 2019, transgresores de la norma superior, en los que se establece el concurso cerrado de ascenso, exclusivo para empleados de carrera administrativa, así como cualquier expresión que impida la unificación del proceso de selección de ingreso y el de ascenso, brindando trato igualitario a todos los aspirantes.
2. Se **EXHORTE** al Congreso de la Republica, para que en adelante, al desarrollar trámites propios de la actividad legislativa, respecto de normas con incidencia en la carrera administrativa y el acceso a la función pública, requiera concepto previo de viabilidad, a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, en atención del artículo 11, literal k) de la Ley 909 de 2004, en procura de garantizar la pertinencia y la constitucionalidad, de las normas expedidas.

8. MEDIDA PROVISIONAL

Solicito por favor a la H. Corte Constitucional, de considerarse pertinente, en defensa de la Constitución, se ordene a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL SUSPENDER** cualquier proceso de selección de ascenso - cerrado, iniciado o adelantado actualmente, con fundamento en la norma demandada, hasta tanto no exista decisión en firme, sobre la presente acción pública. Esto con el ánimo de evitar un perjuicio al interés público, a los derechos fundamentales involucrados y un mayor quebrantamiento de la norma superior.

A la fecha no se han aperturado procesos de selección en la modalidad cerrada de ascenso, por lo que no existe derecho que se desprenda de la realización de algún proceso cerrado de selección, en los términos del artículo 2° de la ley 1960 demandado.

Si bien es cierto la medida provisional es propia del control concreto de constitucionalidad, se estima la necesidad, de que en este caso se considere la aplicación del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 por analogía, esto en procura de salvaguardar la norma constitucional y los DDHH, aplicando de modo excepcional la medida provisional. Solicitud extraordinaria que tiene fundamento en la existencia de una programación, para la realización de procesos de selección cerrados de ascenso, los cuales están por iniciarse, por parte de la CNSC.

Notificaciones

El accionante en la Dirección: Conjunto Aymara II torre 9 apto 402
Barrio las Margaritas. Ibagué- Tolima. Cel. 3104848415
Correo electrónico: London-3710@hotmail.com

Del despacho,



GUILLERMO ENRIQUE ARELLANO CASTILLO
C.C. 1.110.449.457