CNSC Comisión Nacional del Servicio Civil

IGUALDAD, MÉRITO Y OPORTUNIDAD

02 3709

Bogotá D.C., 20 SET. 2011

CORTE CONSTITUCIONAL
20 SEP 2011
SECRETARÍA GENERAL

Doctor
MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Corte Constitucional
Calle 12 No. 7 – 65 Piso 2
Bogotá

Referencia: Oficio No. 1917 – Expediente D-8673 (Acum. D-8679 y D-8680). ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2011. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

La presente intervención tiene como propósito solicitar a la Corte Constitucional la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 04 del 07 de julio de 2011 y exponerle los argumentos sobre el **vicio de competencia** en el que incurrió el constituyente derivado al adoptar el Acto legislativo, pues con ello se produjo la derogación y sustitución de la Constitución Política de 1991, en la medida en que se reemplazaron los elementos definitorios y el eje axiológico allí previstos para la institución de la carrera administrativa, cuando tal atribución se encuentra reservada, dentro de la organización del Estado, al constituyente primario.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional existente en la materia, la facultad de reforma de la Carta Política que se radica en cabeza del Congreso es limitada, en tanto ésta no comprende la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad, como quiera que ello corresponde exclusivamente al poder constituyente originario como depositario de la soberanía, una vez que se ha dictado la Constitución. En ese entendido, quien funge como reformador no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

El concepto de sustitución hace referencia a la existencia de un fenómeno jurídico consistente en que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Carta Política es reemplazado por otro contrario o completamente diferente, lo que de suyo ocasiona una transformación de tal magnitud y trascendencia, que el texto superior anterior a la reforma es diametralmente opuesto a aquel que resultó luego de haberse producido la reforma, al punto de lucir incompatibles entre sí.

Si bien el constituyente derivado puede desarrollar, actualizar o, incluso, readecuar el contenido de la Constitución Política atendiendo a diversos criterios de carácter sistemático e histórico, lo cierto es que no puede convertir la Constitución reformada en otra completamente distinta a la proyectada por la voluntad del constituyente primario.
Tratándose de lo acaecido con el Acto Legislativo 04 de 2011, la sustitución que se produce es parcial, pues la misma se refiere a situaciones en las cuales un eje definitorio de la identidad de la Carta Política es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente.

Es preciso indicar que el sistema de carrera administrativa, así como el mérito, la igualdad de oportunidades y el concurso público y abierto que le son consustanciales, conforman un elemento esencial definitorio de la Carta Política, tal como lo quiso el Constituyente Primario, luego, la falta del concurso público de méritos o la creación de privilegios o diferenciaciones discriminatorias sin sustento en las reglas de la igualdad real o material, desvirtúan la carrera e

Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colo
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público:8:00 a.m.-5:00 p.m.

introducen un elemento ajeno al plasmado en la versión original de la Constitución de 1991 que, en el referido aspecto, sólo puede ser derogada por el Constituyente Primario.

El fenómeno jurídico de la sustitución ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, a propósito de la presentación de diversas demandas ciudadanas que se han promovido contra actos reformatorios de la Constitución, en cuyo análisis y estudio se han desarrollado una serie de criterios que le han permitido a la H. Corte Constitucional identificar si, en realidad, se trata de una reforma al texto constitucional o si, por el contrario, se presenta una derogación o variación integral del mismo.

Tales criterios, ampliamente expuestos en la jurisprudencia constitucional, fueron redefinidos en la Sentencia C-1040 de 2005, razón por la cual se procede a demostrar el cumplimiento de cada uno de ellos en el caso concreto, de la siguiente manera:

I) ENUNCIACIÓN DE LOS ASPECTOS ESENCIALES DEFINITORIOS DE LA IDENTIDAD DE LA CONSTITUCIÓN QUE SE ESTIMAN SUSTITUIDOS POR EL ACTO REFORMATORIO (ACTO LEGISLATIVO 04 D E 07 DE JULIO DE 2011).

El Acto Legislativo modifica por entero el régimen de carrera administrativa diseñado originalmente por el Constituyente de 1991 para regular el ingreso, la permanencia y retiro del servicio público.

En efecto, frente a la estimación que el constituyente primario hizo originalmente de la carrera administrativa, en relación con la cual se establecía como la regla general a efectos de garantizar la estabilidad en el empleo, la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, **la igualdad de oportunidades para acceder al servicio público y la moralidad en el desempeño de cargos públicos**, se considera que es desconocida al adoptarse el mencionado Acto Legislativo, pues otorga una ventaja en la calificación a los provisionales y encargados, a quienes de entrada, por estar ocupando un empleo público, les otorga una calificación aprobatoria en las pruebas de conocimiento (Pruebas en la Convocatoria 01 de 2005, para empleos en vacancia definitiva de la rama ejecutiva del poder público: 1. Aptitudes y competencias básicas, 2. Competencias funcionales) las cuales tienen carácter eliminatorio dentro de los procesos de selección, convirtiéndose en una forma de discriminación en la evaluación del proceso de selección, desvirtuando el principio de mérito y la igualdad de tratamiento de los aspirantes en el Concurso Público de Méritos, siendo una forma de sustituir la concepción filosófica, axiológica y jurídica que la Constitución Política de 1991 trae sobre la materia.

Bajo esa óptica, es preciso dejar sentado que los criterios de mérito y concurso público abierto, dentro del sistema de carrera administrativa, constituyen componentes primordiales y definitorios que deben ser aplicados tratándose de la selección o el ascenso de quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado y que sólo pueden ser sustituidos de manera excepcional en los casos expresamente establecidos por la propia Carta Política. Al respecto, la Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial en la que ha manifestado lo siguiente:

Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11
Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colo
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público:8:00 a.m.-5:00 p.m.

La carrera administrativa como regla general[1]

Así las cosas, tratándose de la comprensión del artículo 125 de la Constitución, desde los primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha sentado que, con base en su contenido, es válido afirmar que la carrera administrativa, en cuanto "instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública"2 es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior glosada3.

Ese carácter de regla general, directamente derivado de las previsiones constitucionales, ha sido reiterado en sucesivas sentencias de la Corporación que siempre ha recordado cómo, desde el propio texto constitucional, se justifica "la aplicación general de la carrera administrativa como mecanismo por excelencia para el acceso al empleo público", lo cual se traduce en una "necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general"4, para evitar así que, en contra de la Constitución, "la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general"5.

Tratándose de las excepciones a la carrera administrativa, como se ha destacado, el propio artículo 125 de la Constitución exceptúa los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales e igualmente defiere a la ley el señalamiento de algunas otras excepciones.

En relación con la sustitución, la Corte Constitucional en Sentencia C- 588 de 2009, se pronunció en el siguiente sentido:*" La sustitución temporal y parcial de la Constitución ha sido detectada con fundamento en el examen estricto que la Corte debe adelantar siempre que las modificaciones introducidas a la Constitución, so pretexto de reformarla, carezcan del carácter permanente propio de las constituciones, exceptúen supuestos normativos en ellas establecidos y afecten su índole escrita, mediante la producción de cambios tácitos que, sin reflejarse en los textos, incidan en ellos para restringir los derechos o las situaciones favorables a los asociados, establecidas por el Constituyente Primario, sobre todo en aspectos considerados axiales o definitorios de nuestro Estado Social de Derecho. En el caso concreto del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008 la Corte observa que la sustitución parcial y temporal ha operado en razón al reemplazo del contenido del artículo 125 superior por otro integralmente distinto, la sustitución de aquellos contenidos constitucionales que tienen relación directa con la carrera administrativa y finalmente, la afectación de la supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad, razón por la que la Corte considera que, ante tal concurrencia de motivos, no tiene alternativa diferente a la declaración de inconstitucionalidad de la pretendida reforma que excepciona y suspende importantes contenidos de la Constitución".*

De igual forma, con apoyo en nutrida jurisprudencia emanada del Alto Tribunal Constitucional, ha manifestado que la carrera administrativa es un principio constitucional y, como tal, una

[1] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009. M. P. Gabriel Mendoza Martelo.
[2] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz.
[3] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
[4] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
[5] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11
Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colo
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público:8:00 a.m.-5:00 p.m.

norma jurídica superior de aplicación inmediata, cuyo desconocimiento quebranta el ordenamiento constitucional vulnerando su fundamento axiológico y desmonta la promoción de un sistema de competencia basado en los méritos, la capacitación y las calidades de las personas que aspiran a vincularse a la administración pública.

Finalmente, es preciso indicar que los derechos a la igualdad, a elegir y ser elegido, y al desempeño de cargos y funciones públicas, resultan vulnerados como consecuencia de la aplicación del Acto Legislativo, por cuanto en él se establece un privilegio a favor de los servidores que ocupen cargos de carrera vacantes en calidad de provisionales o de encargados, contrariando así el sistema de asignación de cargos mediante el criterio del mérito.

II) ALCANCE JURÍDICO DEL ACTO ACUSADO EN RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS O IDENTIFICADORES.

A este respecto, estimo que el hecho de que el acto legislativo objeto de reproche pretenda premiar aquellos servidores que ocupaban vacantes en cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados, otorgándoles de entrada una nota aprobatoria en una prueba que pretende medir la capacidad del aspirante para ocupar el empleo, pone de manifiesto la inoperatividad y desarticulación temporal del sistema de carrera administrativa en el país y la imposición de un contenido normativo totalmente distinto al establecido por la Constitución Política de 1991, lo cual desnaturaliza los elementos esenciales definitorios del acceso a los empleos públicos, como son la carrera administrativa, el concurso público y el mérito los cuales se encuentran flagrantemente desconocidos.

III) CONTRASTE O PONDERACIÓN DE LAS PREMISAS ANTERIORES, VERIFICANDO CON LA EXPEDICIÓN DEL ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2011, EL REEMPLAZO DEL PRINCIPIO DE MÉRITO POR UN ELEMENTO INTEGRALMENTE DIFERENTE AL DE LA CARTA ORIGINAL.

Con base en las premisas expuestas en los acápites anteriores, es preciso afirmar y concluir que con la expedición del Acto Legislativo, se deja de lado el concurso público de méritos como condición para el acceso al sistema de carrera, lo que, sin duda alguna, introduce un elemento completamente distinto al que el constituyente primario estableció como condición y regla general para el ejercicio de la función pública, ya que cómo se explicó en precedencia, la Carta Política de 1991 instituyó clara y fehacientemente un sistema basado en el mérito, sistema que se ve quebrantado por el constituyente derivado cuando este no tenía competencia para hacerlo, por hacer parte el mismo del contenido axiológico y del espíritu fundante de la Carta Superior, el cual sólo puede verse sustituido y reformado por el constituyente primario, que se encuentra en cabeza de el pueblo, esto con base en los postulados que gobiernan nuestro Estado Social de Derecho.

En ese orden de ideas, el Congreso de la República a través del Acto Legislativo no solo modificó, sino que sustituyó de manera parcial la Carta Política. Esto último, habida cuenta que, como se anotó, el mencionado Acto Legislativo está favoreciendo a un grupo determinado de personas -quienes están en provisionalidad o encargo- desconociendo, por contera, aquellos postulados que gobiernan la carrera administrativa, según los cuales es mediante el concurso público de méritos y en condiciones de igualdad que puede accederse a la misma. Ello, por supuesto, con absoluta independencia de la amplia facultad de configuración legislativa de que goza el Congreso, para efectos de definir los elementos esenciales que

Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11
Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colo
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público:8:00 a.m.-5:00 p.m.

regirán los sistemas especiales y específicos de carrera, que le permitan armonizar los principios y valores constitucionales con requerimientos de la cada vez más compleja y diversa organización estatal lo cual no implica, que pueda subvertirlos o sustituirlos.

El haber reemplazado la regla general de la carrera administrativa, cual es, **el concurso público con base en el criterio del mérito en condiciones de igualdad**, por un procedimiento que prescinde del mismo, convirtiendo la regla general en excepción, revela a todas luces que se produjo la alegada sustitución de la Constitución Política, excediendo la competencia que le ha sido asignada, en cuanto:

i) no se trata de un cambio de redacción de la norma, pues se modifica, el contenido esencial no sólo de los artículos 13, 40 y 125 Superiores, sino de toda la Carta en cuanto al sistema de carrera administrativa y al mérito se refiere;

ii) más que una reconceptualización, es la adopción de un concepto diametralmente diferente que radica precisamente en que en algunos casos la regla general preconcebida como elemento definitorio del sistema de carrera, esto es, el concurso público, no operará transitoriamente;

iii) se instituye más que una excepción específica, pues la adición que con el demandado Acto Legislativo se hace a la Carta, establece una salvedad que en todo caso impide que la norma misma y la identidad constitucional en materia de carrera administrativa, mantengan su alcance general;

iv) finalmente, si la adición a la Carta Magna se estimase como una simple limitación o restricción al contenido del principio de mérito, en realidad no estaríamos ante un límite reformatorio sino sustitutivo, pues no es lo mismo condicionar el ejercicio o devenir de ciertas realidades constitucionales, variando condiciones, límites o ámbito de eficacia, a afirmar que dicha limitación implica que la esencia de un elemento definitorio de la Carta **pierda vigencia para algunos casos y durante cierto tiempo**.

Con la nueva adición a la Carta Superior se están sustituyendo los elementos que definen la carrera administrativa y, especialmente, la propia carrera en cuanto regla general para la provisión de empleos públicos, el ingreso en virtud del mérito, la igualdad en el acceso garantizada por el concurso público, la estabilidad en el empleo, la moralidad, la especialización, la capacitación y, además, la imparcialidad que constituye un cimiento indispensable de la función administrativa.

La supresión flagrante de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso previsto en el Acto Legislativo 04 de 2011, basado en la homologación, conduce a una modificación injustificada de las reglas de las convocatorias públicas, en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, o de aquellos que por mandato legal y de forma transitoria se les encargo en una vacante definitiva mientras esta se somete a concurso, en detrimento del derecho consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política, para que todos los ciudadanos puedan acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad.

Se reitera que la Constitución no autoriza una mutación en el sistema de carrera administrativa, pues aún las normas que postulan la equidad, la justicia y la estabilidad, tienen inmerso el condicionamiento íntimo que proviene del concurso público de méritos en

Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11
Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colo
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público:8:00 a.m.-5:00 p.m.

condiciones de igualdad, de manera que la Carta no puede ser manipulada según conveniencias exclusivas y excluyentes de sectores configurándose sistemas de privilegio, ni resultar convertida en una ley ordinaria, sino que, por el contrario, la igualdad, la estabilidad y la carrera administrativa se deben propiciar en el ámbito de las normas vigentes y según el querer de la Asamblea Nacional Constituyente en aquellos ejes que se identifican como esenciales y definitorios de la Carta Política, sin los cuales la esencia de la democracia y Carta son materialmente otras.

El dispositivo de valoración excepcional de los méritos en favor de servidores vinculados mediante nombramiento provisional o beneficiados con encargos, previsto por el Acto Legislativo 004 de 2011, inserta un instrumento jurídico de privilegio arbitrario directamente opuesto al derecho a acceder en igual de condiciones al ejercicio de cargos públicos; ignora el mecanismo del concurso de méritos para impedir que la demostración de cualidades ocupacionales y el mérito de un ciudadano llegue a desplazar en el desempeño de un cargo a un servidor transitorio que no quiso o no pudo hacer prevalecer en franca competencia su permanencia y acceso definitivo en un empleo de carrera administrativa. La Honorable Corte Constitucional abordó a la luz de los pilares fundamentales de la carrera administrativa, el análisis de anteriores estrategias jurídicas implantadas por el Legislador para imponer la aplicación de criterios favorables y privilegiados en beneficio exclusivo de los servidores públicos que pretenden acceder a los empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva. Así en la sentencia C-211 de 2007, precisó:

> *"Todas las pruebas de conocimientos generales o específicos, de aptitudes en las cuales el concursante demuestra lo que sabe y de lo que es capaz y que puede ser útil para el desempeño del cargo, arroja unos resultados que no sólo deben ser tenidos en cuenta para eliminar a los que no alcanzan a obtener un puntaje mínimo, sino que per se conducen a una clasificación de los concursantes según las calificaciones obtenidas, las cuales revelan el mayor o menor grado de conocimientos, aptitudes y méritos que cada uno de ellos posee respecto de los otros. Esta graduación según la calificación obtenida en la prueba es un indicador de mayor o menor mérito, que no puede ser simplemente desechada. Ciertamente, el no tener en cuenta tal clasificación o gradación de resultados a la hora de conformar la lista de elegibles y* ***en este caso además no permitir que en el caso de los concursantes vinculados a la administración ella se mida siquiera, contradice claramente el propósito constitucional perseguido con la implantación de la carrera administrativa, cual es el de vincular como servidores públicos a los más capaces.***"

El componente que el derecho a la igualdad tiene para el ingreso al servicio público no puede ser atendido de manera armónica dentro del sentido legítimo que previó la Constitución Política de 1991 para la carrera administrativa, cuando con un instrumento jurídico se consagra intempestivamente otro mecanismo de valoración encaminado únicamente a conceder automáticamente la calificación y clasificación privilegiada a un grupo de servidores públicos, para eximirlos de aplicar las pruebas de medición del mérito a las que todos los ciudadanos que aspiren a un cargo público de carrera se someten. Las oposiciones o concursos son propias des sistema de mérito y a través de ellas se manifiesta el derecho de igualdad de oportunidades. Es un hecho, que la población beneficiaria del Acto Legislativo 04 de 2011 estará exceptuada de confrontar sus aptitudes, capacidades y competencias para el ejercicio de empleos de carrera, con las demostradas por todos los demás candidatos que sí se someten públicamente a instrumentos de valoración técnica.

Finalmente no podría afirmarse plenamente que el Estado Colombiano está sustentado en pilares democráticos, participativos e igualitarios, cuando se desprenden las siguientes implicaciones de la homologación:

- Se favorece a un grupo determinable de personas surgido de manera previa a la adición de un artículo transitorio a la Carta, mediante el Acto Legislativo, ya que estos servidores podrían acceder definitivamente al sistema de carrera administrativa a través de condiciones de privilegio ajenas a lo dispuesto para todos los ciudadanos que por no ostentar la condiciones de servidores provisionales o encargados y reuniendo las condiciones de desempeño exigidas para el empleo si deben participar siguiendo las reglas generales del concurso.

Con fundamento en los argumentos enunciados, se reitera que lo dispuesto en el Acto Legislativo 04 de 2011, produjo una sustitución parcial de la Constitución por cuanto se reemplazó uno de sus ejes definitorios por otro opuesto o completamente diferente, con lo cual se configura el vicio de competencia en que incurrió el constituyente al momento de modificar la Carta Política.

Con el Acto Legislativo 04 de 2011 se está quebrantando los artículos 130 y 379, de la Constitución Política, con los que impone al constituyente derivado límites al poder de reforma, limites que se han inobservado al sustituir parcialmente el derecho a la igualdad y el principio de mérito para ingreso a los empleos de carrera del Estado previstos en los artículos 13, 40-1, 40-7, 53, 125, 133 y 209 de la Carta que, entre otras materias, se refieren al derecho a la igualdad, al derecho a elegir y ser elegido, al derecho de acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, al estatuto del trabajo, a la carrera administrativa, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad de la función pública, a la prevalencia del interés general, al servicio a la comunidad, a la justicia y el bien común.

En atención a lo señalado y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil solicito declarar la inexequibilidad del Acto Legislativo en su integridad, pues el Congreso de la República en su condición de constituyente desbordo su competencia de reforma de la Carta al sustituir de manera transitoria principios, valores y derechos fundantes del estado democrático previstos en la Constitución Política de 1991, relacionados con el sistema de mérito para acceder a los empleos de carrera de la administración pública.

Corolario de lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil encuentra fundadas las pretensiones y las razones expuestas por los demandantes y en consecuencia solicita a la Honorable Corte Constitucional que declarare inexequible el Acto Legislativo 04 de 2011 en su integridad por el cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.

Atentamente,

FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Presidente