

PROCEDIMIENTO DE LAS CONVOCATORIAS DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – Decaimiento del acto administrativo. Sentencia de inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011.Vulneración del principio de igualdad. Valoración de permanencia en el cargo. Mayor valoración de estudios por tiempo de desempeño del cargo.

Es claro que el texto del artículos 2, 3 literal b, 4, 5 ordinales b),c) y e) y 7 del Acuerdo 162 de 2011 acusados son inconstitucionales, por las mismas razones expresadas por la Corte Constitucional para declarar la inexecutable del acto legislativo que le sirvió de sustento, Acto legislativo 04 de 2011, toda vez que las previsiones establecidas en el acto cuyos apartes se acusan, se relacionaban con disposiciones que tenían por objeto sustituir el principio estructural de la carrera administrativa, pretendiendo que la selección de personal no se hiciera estrictamente con base en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino empleando otros criterios que favorecían a ciertos participantes de concursos de méritos, lo que impedía que la selección de los aspirantes a ejercer cargos públicos se cumpliera en condiciones de igualdad.
NOTA DE RELATORIA: Sobre la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2011, Corte Constitucional, sentencia C-249-12, MP. Juan Carlos Henao Pérez

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 162 DE 2011 (5 DE OCTUBRE) ARTÍCULO 2 (NULO), ACUERDO 162 DE 2011 (5 DE OCTUBRE) ARTÍCULO 3 LITERAL B), ACUERDO 162 DE 2011 (5 DE OCTUBRE) ARTÍCULO 4, ACUERDO 162 DE 2011 (5 DE OCTUBRE) ARTÍCULO 5, ACUERDO 162 DE 2011 (5 DE OCTUBRE) ARTÍCULO 6 LITERALES A) PARCIAL B), C) Y E), ACUERDO 162 DE 2011 (5 DE OCTUBRE) ARTÍCULO 7, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, diez (10) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00007-00(0063-12)

Actor: SINDICATO UNITARIO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO “SUNET” Y OTROS

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad** formulada contra la Comisión Nacional del Servicio Civil.

LA DEMANDA

CARLOS ERNESTO CASTAÑEDA RAVELO, IVONNE RODRÍGUEZ GARCÍA, MARTHA LUCÍA CONTRERAS CHUQUEN y GERMÁN HUMBERTO GARCÍA DELGADO, actuando en calidad de Presidente, Vicepresidente, Tesorera y socio fundador del SINDICATO UNITARIO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO – SUNET, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (fls. 19 a 45) solicitan al Consejo de Estado, declarar la nulidad de los artículos 2, 3 literal b), 4, 5, 6 literales a) parcial b), c) y e) y 7 del Acuerdo 162 del 5 de octubre de 2011 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, *“por el cual se adopta el procedimiento para la aplicación del Acto Legislativo 04 de 2011, en la convocatorias en curso de la CNSC al 07 de julio de 2011”*.

Como fundamento de sus pretensiones, exponen los siguientes **HECHOS**:

Mediante Acto Legislativo No. 04 del 7 de julio de 2011 se incorporó un artículo transitorio a la Constitución Política y en el párrafo 8º de su artículo 1º se estableció que la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, expediría los actos administrativos necesarios, tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en dicho acto legislativo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo 162 del 5 de octubre de 2011 *“por el cual se adopta el procedimiento para la aplicación del Acto*

Legislativo 04 de 2011 en las convocatorias en curso de la CNSC al 07 de julio de 2011”.

Como normas violadas se invocan los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 53 y 229 de la Constitución Política, el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 y el Acto Legislativo No. 04 de 2011.

Alegan que con lo establecido en los apartes de los artículos acusados del Acuerdo 162 de 2011, sin competencia para ello, la Comisión Nacional del Servicio Civil impone restricciones y exige requisitos para hacerse beneficiario del Acto Legislativo 04 de 2011, que no se derivan de este, sino que comportan restricciones o imposición de exigencias adicionales que desbordan los límites impuestos en el referido acto legislativo.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Comisión Nacional del Servicio Civil, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Como argumentos de defensa adujo que la Corte Constitucional al hacer el control de constitucionalidad sobre el Acto Legislativo 04 de 2011, lo declaró inexecutable, razón por la cual se configuró la derogatoria tácita del Acuerdo 162 de 2011, pues su origen se derivó de lo dispuesto en el inciso 6º de la normatividad retirada del ordenamiento constitucional; así las cosas, al desaparecer los fundamentos de derecho en que se apoyó, el acto demandado perdió su fuerza ejecutoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el que solicitó declarar el decaimiento del acto administrativo demandado. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

En el asunto bajo análisis es claro que se configura el decaimiento del acto administrativo, teniendo en consideración que el Acto Legislativo No. 04 de 2011 que le sirvió de sustento al Acuerdo que contiene los apartes cuya nulidad se reclaman, fue declarado inexecutable por sustitución temporal y parcial de la Constitución de 1991, al haber excedido el Congreso su competencia, por quebrantamiento de los principios de mérito de carrera administrativa e igualdad para el acceso a cargos públicos.

Como quiera que los apartes del Acuerdo cuya anulación se pretenden nacieron a la vida jurídica lesionando el ordenamiento en lo referente al principio de mérito y el derecho a la igualdad para acceder a cargos públicos, deberá declararse el decaimiento del acto administrativo.

Agotado el trámite procesal y no observando causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se demanda la nulidad parcial del Acuerdo 162 de 2011, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por el cual se adopta el procedimiento para la

aplicación del Acto Legislativo 04 de 2011, en las convocatorias en curso de la Comisión Nacional del Servicio Civil al 7 de julio de 2011.

El argumento central de la parte demandante consiste en la vulneración del derecho a la igualdad y el acceso a cargos públicos que comportan las restricciones impuestas en los apartes cuya anulación se pretende, del Acuerdo 162 de 2011, para efecto de la aplicación del Acto Legislativo No. 04 de 2011.

El Acto Legislativo No. 04 de 2011, fue sometido a control de constitucionalidad y declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-249 de 2012¹, en la que se consideró:

“6.1.12. De otra parte el principio de carrera administrativa tiene una relación directa con el principio de igualdad ya que cuando se trata del ingreso, permanencia o ascenso en los cargos públicos se deben establecer fórmulas de evaluación que propicien el establecimiento de requisitos que apliquen para todos los aspirantes en paridad de condiciones. Como se estableció en la Sentencia C-1256 de 2005^[75], “de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todos no se les evalúa igual”.

6.1.13. Del mismo modo y con relación a la vinculación entre estos dos principios se dijo en la Sentencia C- 588 de 2009 que el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad, “...que se opone al establecimiento de ‘requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y la capacidad de los aspirantes’, pues en tal evento, se erigirían ‘barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”.

6.1.14. 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

¹ Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma”[76].

6.1.15. En **conclusión**, se puede decir que la premisa mayor del test o metodología de la inconstitucionalidad por sustitución se cumple en el caso concreto, ya que como establecen los demandantes la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad son principios estructurales de la Constitución de 1991 que no pueden ser sustituidos, derogados o suprimidos por el poder de revisión. Como quedó visto el principio de carrera administrativa se relaciona con el mérito, el concurso público y la igualdad de condiciones para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos. Este principio estructural o axial que identifica la Constitución de 1991 tiene como finalidad garantizar la selección del personal fundado en la evaluación que determine la capacidad e idoneidad del aspirante y de esta manera evitar que se provean los cargos públicos por elementos subjetivos e irrazonables. Por ende, la carrera administrativa, el mérito, el concurso público y la igualdad conforman un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia o eliminación trastocaría y afectaría contenidos relevantes de la Carta de 1991.

(...)

6.1.20. Las razones que aducen para comprobar que se cumple la premisa menor en el juicio de constitucionalidad por sustitución se derivan en que con este Acto Legislativo se puede llegar a vulnerar el principio general de carrera administrativa y sus elementos consustanciales de concurso público, mérito e igualdad, ya que se está estableciendo una reforma temporal y parcial para proteger a un grupo de personas a los que se les otorga mayor puntaje por el mero hecho de la permanencia evadiendo de este modo las condiciones establecidas por el constituyente primario para acceder, permanecer y ascender en la carrera administrativa.

(...)

6.1.22. Sobre este punto estima la Corte que de acuerdo al contenido del Acto Legislativo No 4 de 2011 se puede llegar a la conclusión de que dicho principio fue sustituido parcial y temporalmente con la reforma, ya que se establece que para determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera se tendrá en cuenta además de las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso, criterios adicionales como la permanencia en el cargo y estudios adicionales a los requeridos para ejercer el empleo público.

6.1.23. Como quedó dicho anteriormente, el Acto Legislativo demandado establece que “5 o más años de servicio” otorga 70 puntos en la calificación. Del mismo modo que los estudios de especialización darán lugar a tres (3) puntos por título de especialización, seis (6) puntos por título de maestría, y diez (10) puntos por título de doctorado. Adicionalmente se establece que para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así: de 50 a 100 horas 3 puntos, de 101 a 150 horas seis puntos de 151 o más horas 10 puntos.

6.1.24. Aunque se puede establecer que en este caso se está valorando para el ingreso al cargo público no solamente la permanencia en el cargo, sino también los estudios de postgrado como especialización, maestría y doctorado, en este caso se constata que se otorga un puntaje mucho mayor que equivale a setenta (70) puntos para los empleados en provisionalidad o en encargo que haya permanecido cinco (5) o más años de servicio dando lugar a una valoración injustificada y desproporcionada de la permanencia en el cargo.

6.1.25. En **conclusión** una vez realizado el test o metodología de la sustitución en su premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, comprueba la Corte que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se está sustituyendo parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales. Este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad. Reitera la Corte que la carrera administrativa tiene un vínculo estrecho con el concurso público ya que los sistemas de evaluación del personal garantizan la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar y asumir las funciones propias de su cargo, e impedir de este modo que prevalezca la arbitrariedad del nominador o criterios subjetivos o irrazonables para la selección del personal.”

Significa lo anterior que se produjo la figura del decaimiento consagrada en el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A., norma que dispone:

“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

...

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

...”

Respecto de la pérdida de fuerza ejecutoria dijo la Corte Constitucional:

“El decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico. Cuando se declara la inexecutable de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, (...)”

Sin duda alguna, como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad del acto legislativo que sirvió de fundamento al acto acusado, este perdió su sustento jurídico y, por tanto, dejó de ser aplicable.

En el caso *sub judice*, es claro que el texto del Acuerdo acusado es inconstitucional, por las mismas razones expresadas por la Corte Constitucional para declarar la inexecuibilidad del acto legislativo que le sirvió de sustento, toda vez que las previsiones establecidas en el acto cuyos apartes se acusan, se relacionaban con disposiciones que tenían por objeto sustituir el principio estructural de la carrera administrativa, pretendiendo que la selección de personal no se hiciera estrictamente con base en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino empleando otros criterios que favorecían a ciertos participantes de concursos de méritos, lo que impedía que la selección de los aspirantes a ejercer cargos públicos se cumpliera en condiciones de igualdad.

De conformidad con lo anterior y como el acto legislativo que sirvió de sustento al Acuerdo 162 de 2011 fue declarado inexecutable, el mismo vicio de inexecuibilidad es predicable de éste, pues tenían la misma finalidad que se traducía en el quebrantamiento del principio del mérito para el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad.

En conclusión, si los fundamentos jurídicos del Acto Legislativo 04 de 2011 son inconstitucionales por vulnerar el principio de la carrera y el de acceso a cargos públicos en garantía de igualdad de los participantes al concurso de méritos, sin

lugar a dudas, el Acuerdo cuyos apartes son objeto de control en esta controversia vulneran la norma superior por estar sustentados en un acto inconstitucional.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que las pretensiones de los demandantes están llamadas a prosperar.

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

F A L L A

DECLÁRASE la nulidad de los artículos 2, 3 literal b), 4, 5, 6 literales a) parcial b), c) y e) y 7 del Acuerdo 162 de octubre 5 de 2011, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, *"por el cual se adopta el procedimiento para la aplicación del Acto Legislativo 04 de 2011, en la convocatorias en curso de la CNSC al 07 de julio de 2011"*.

Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO