Bogotá D.C. noviembre 6 de 2018

Doctor

**SAMUEL HOYOS MEJÍA**

Presidente Comisión Primera Constitucional

Cámara de Representantes

E. S. D.

*Referencia. / Informe de ponencia proyecto de acto legislativo no. 021 de 2018*

Honorables Representantes

En cumplimiento de la honrosa designación hecha por la Mesa Directiva de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, y en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, someto a consideración de los Representantes el informe de ponencia del proyecto de Acto Legislativo 021 de 2018“*Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política y se otorgan derechos de carrera administrativa”,* al tenor del Artículo 157, previamente, se tengan en cuenta las siguientes consideraciones.

**OBJETO**

El Objeto del Acto Legislativo 021 de 2018 es el de conceder los derechos de carrera administrativa a los empleados que están ocupando puestos de carrera de forma provisional, en virtud del tiempo en que vienen desempeñando el cargo, y si poseen los requerimientos académicos y de experiencia que el cargo demande. Todo esto a través de la inscripción extraordinaria, sin necesidad de concurso público.

**CONTEXTUALIZACIÓN**

1. Señalan los autores que sobre la interrupción de los concursos de méritos es importante mencionar que el acto legislativo 021 de 2018 ya no entraría en su suspensión a diferencia del proyecto de ley radicado en el 2008 el cual resultó inexequible por la Corte Constitucional.
2. La corte constitucional declaró inexequible el acto legislativo 01 de 2008 la reforma como se menciona en el artículo 241 de la constitución tal y como se podría aquí acusar.
3. A pesar de los argumentos que indican que no hubo sustitución de la Constitución por parte del acto legislativo 01 de 2008, se debe mencionar que toma una posición que puede ir en contra de los principios establecidos en la ley 909 de 2004 además que puede afectar a una población al vulnerar sus derechos de acceso al concurso de méritos para una vacante (Gráfica 1).

**ANÁLISIS**

1. El acto legislativo 021 de 2018 plantea un mecanismo que pretende beneficiar a los empleados públicos que se encuentran ocupando puestos de carrera de forma provisional. Esta propuesta es similar a la que establecía que el acto legislativo 01 de 2008, sin embargo, este último fue declarado inexequible por la corte constitucional mediante la sentencia C-588/09. Los argumentos que la corte constitucional expuso tras su fallo de declarar inconstitucional al acto legislativo 01 de 2008 incluían:

* La declaración de que éste último constituía una sustitución parcial y temporal de la Constitución ya que inducía modificaciones tácitas con incidencia sobre los derechos fundamentales. La sentencia C-588/09 específica sobre el artículo 1 del acto legislativo: “*La propia Corte ha reconocido que el de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. Como concepto, la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente. Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es remplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible. En el caso concreto, la suspensión propiciada por el parágrafo demandado, no sólo se proyecta a la regulación de la carrera administrativa establecida en el artículo 125 y en el resto de disposiciones superiores referentes a los regímenes especiales de carrera, por la interrupción del principio del mérito y del mecanismo del concurso público sino que por obra de la modificación operada, se interrumpe también de manera temporal el nexo intrínseco que la Corte ha encontrado entre la carrera y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere el artículo cuestionado, y lo propio cabe aseverar del derecho a la igualdad que, durante idéntico lapso temporal, dejará de aplicarse a los mismos ciudadanos y todo para otorgarle viabilidad al privilegio reconocido a los beneficiarios del ingreso automático a carrera, mediante la inscripción extraordinaria establecida en las condiciones del parágrafo acusado”.*

Por lo que se considera que el parágrafo mencionado viola el principio de igualdad y el derecho de todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos públicos establecidos en los artículos 40 y 47 de la Constitución.

* Interrumpía el principio de mérito para hacer posible el derecho de inscripción extraordinaria en carrera administrativa, los mecanismos de concurso público y suspende los que ya estuvieran en proceso, lo cual afectaría a todos los funcionarios en provisional o encargo laborando a la fecha.
* De este caso, la sentencia mencionaba al artículo 125 de la constitución,  
   “*Artículo 125. Los empleados de los órganos y entidades del estado son de carrera*” y La Ley 909 de 2004 en los artículos 27, 28 y 29 que establecen los principios que regulan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa donde se declara: “*Artículo 27. … el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”*
* *Señala la Corte que el* “**ACTO LEGISLATIVO DE INSCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA SIN PREVIO CONCURSO-**Inconstitucional por sustitución parcial y temporal de la Constitución. / *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”.*
* *Señala así mismo la Sentencia de la Referencia que un “***JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-**No es un juicio de intangibilidad/**JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-**No es un juicio de control material**/JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-**Objeto/**JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-**Elementos y etapas”… “*El juicio de sustitución de la Constitución tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de un Acto Legislativo, y  comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si en realidad se oponen radicalmente y hay reemplazo, y dado que como la Constitución no prevé cláusulas pétreas, el de sustitución no es un juicio de intangibilidad y tampoco es un juicio de control material por cuya virtud se compare la modificación operada mediante reforma con principios constitucionales o provenientes del bloque de constitucionalidad. La Corporación ha puntualizado que para determinar, en el ámbito de la competencia, si el órgano que modificó la Carta era competente para modificarla en el sentido en que lo hizo o si no lo era y, so pretexto de la reforma, sustituyó la Constitución, se debe adelantar un examen que tenga, como premisa mayor, la enunciación de aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio. A la fijación de la anterior premisa debe suceder el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos identificadores de la Constitución, a partir de los cuales se han aislado los parámetros del control, de manera que, al contrastar las anteriores premisas resulte posible verificar si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, así como establecer, finalmente, si se ha incurrido o no en un vicio de competencia. Para la fijación de la premisa mayor se debe enunciar, con suma claridad, cuál es el elemento reemplazado e indicar, a partir de múltiples referentes normativos, cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y, así mismo, evitar que algún artículo sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material”.* En tal sentido y para subsanar lo que ya en reiteradas jurisprudencias de la Corte Constitucional sobre el particular a fijado y sobre el acto legislativo 01 de 2008 que se encontraba en el mismo sentido, se propone archivar la iniciativa de la referencia.
* En este mismo sentido la Sentencia C-053/16, señala que las características del JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION en el cual se encontraría el proyecto de Acto Legislativo 021 de 2018, tal y como lo hemos venido analizando: “*La definición del concepto de sustitución ha dado lugar a que la Corte establezca un método de análisis que tiene por objeto (i) fijar las etapas del examen de sustitución y (ii) prevenir los riesgos de “subjetivismo” asociados a la inexistencia de referentes positivos y precisos que indiquen cuando una variación de la Carta tiene dicho alcance. Ese método, denominado “test o juicio de sustitución” se encuentra compuesto por tres etapas básicas cada una de las cuales impone exigencias argumentativas específicas”.*
* Aunado al concepto que sobre el particular a evidenciado la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-053/16, sobre la sustitución de la Constitución en el cual advierte: **“***La sustitución de la Constitución es un vicio de competencia en el cual incurre el reformador de la Carta cuando, al actuar como constituyente secundario o derivado, en lugar de introducir enmiendas a la Constitución, según las exigencias de los cambios políticos, económicos, sociales, etc., “inserta en ella elementos que cambian su sentido, haciéndola radicalmente distinta a la adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, lo que puede acontecer de manera total o parcial y también de modo permanente o transitorio”.* Cual es el caso del Acto Legislativo 021 de 2018 pues viene con los mismos presupuestos facticos del Artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008

Con todo esto la Sentencia C-588/09 concluye:

“*En resumidas cuentas, el artículo 1º 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 parágrafo adicionado a la preceptiva constitucional reemplazada y suspendida”.*

Si bien el parágrafo del presente acto legislativo especifica que sólo podrán acceder al beneficio los servidores públicos que *“se encuentren prestando el servicio en el mismo cargo ininterrumpidamente y cumplan con las calidades y requisitos académicos y de experiencia laboral que la ley exige para el desempeño de los mismos*” y obedece el principio de méritos establecido en el numeral **a)** del artículo 28; al garantizarles a los empleados la inscripción extraordinaria, incurre en la violación de los numerales **b)** y **f)** que promueven la igualdad y el libre ingreso para todos los ciudadanos a las convocatorias, además de la imparcialidad en los órganos encargados de llevar a cabo los procesos de selección.

Este mecanismo de inscripción extraordinaria puede prestarse para crear un sistema de nombramiento que vaya en contra de los principios de méritos como lo establece la constitución que deben ser los empleos de carrera administrativa, pues sólo sería potestad del directivo seleccionar la persona, colocarla en provisionalidad para después de un período específico inscribirla de forma extraordinaria a carrera administrativa. Por lo que se sugiere que se podrían implementar otros mecanismos si se quiere generar la protección a los empleados en provisionalidad, como el libre acceso a las capacitaciones independiente de su tipo de vinculación (ley 1567 de 1998).

Si bien los numerales del Art. 28 de la ley 909 de 2004 establecen los principios de los que habla el artículo 125 de la constitución, se presentó el argumento en la exposición de motivos del Acto Legislativo que *“no son suficientes para concluir que se tratan de elementos definitorios de la Carta cuyo desconocimiento acarrea la sustitución, aún parcial, de la Constitución”*  ya que como la misma sentencia aclara, sobre el juicio de sustitución: *“Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.” (subrayado fuera de texto),* los cuales expresa la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cual precedentemente advertimos.

A lo cual se concluye que el Acto Legislativo 21 de 2018, va en contra de lo establecido en el artículo 125 de la constitución.

Para puntualizar se incluyen algunas cifras que ayudan a esclarecer el impacto que tiene este proyecto para las entidades del estado. La Comisión Nacional del Servicio Civil, encargada de adelantar los concursos o procesos de selección, reportó entre el año 2012 y 2015 la cantidad de convocatorias realizadas por 24 entidades Nacionales y Territoriales, entre las que se incluían el INPEC, el Ministerio de Educación Nacional, las contralorías territoriales y el DANE.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **Nivel Jerárquico** | | | | | |
|  | **Directivo** | **Asesor** | **Profesional** | **Técnico** | **Asistencial** | **Total** |
| Cargos Ofertados | 2 | 75 | 5.941 | 2.589 | 2.501 | 11.108 |
| Aspirantes admitidos | 10 | 1.894 | 93.917 | 30.005 | 66.689 | 192.515 |
| Inscritos Definitivos | 18 | 6.612 | 279.594 | 146.988 | 158.653 | 591.865 |
| Pines Vendidos | 0 | 0 | 354.374 | 257.847 | 25.325 | 637.546 |

**Tabla 1**. Información de procesos de selección desarrolladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil desde la convocatoria 134 de 2012 a 2015. (Fuente: Datos Abiertos, 2017)

En este reporte se evidencia la proporción entre vacantes ofrecidas por las entidades del estado y la oferta de candidatos para estas posiciones. Si bien el Acto legislativo propuesto dignificaría las condiciones de trabajo de los empleados en provisionalidad se debe tener en cuenta la gran cantidad de ciudadanos que se presentan a los concursos por méritos. En promedio, por cada cargo ofertado por las entidades públicas hay 53 candidatos inscritos para su concurso de méritos. Es un márgen muy amplio de la población que se inscribe bajo el derecho de desempeñar cargos público, a los cuales se les estaría vulnerando sus derechos al momento de hablar de inscripciones extraordinarias para unos cuantos sin necesidad de pasar por los procesos normales.

**Grafica 1.** Comparativo por nivel Jerárquico de aspirantes y cargos ofertados en las diferentes entidades durante las convocatorias de 2012 a 2015. (Fuente: Datos Abiertos, 2017)

**Fuente**

Datos Abiertos, 2017. Información Convocatorias. Comisión Nacional del Servicio Civil. Disponible en: https://www.datos.gov.co/Inclusi-n-Social-y-Reconciliaci-n/Informaci-n-Convocatorias/vutd-jk93

**CONCEPTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

El concepto de la Función Pública sobre el proyecto de ley de la referencia señala que presenta los mismos vicios de inscontitucionalidad que llevaron a la Corte Constitucional la inexiquibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008, esto es ratifica lo expuesto en el presente informe de ponencia así como lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; en tal sentido el concepto de la Función Pública con número de referencia C.P.C.P.3.1.0540-2018 del 30 de octubre de 2018, examina y analiza la Sentencia C-588/09 señalando que “tendrá en sede de revisión constitucional, la misma suerte del Acto Legislativo No 01 de 2009, precepto que fue declarado inexequible al configurarse la ausencia del Congreso de la República para promover actos sustitutos de la Constitución Política y por ser contrario a los principios que ésta regenta”.

**PROPOSICIÓN**

De conformidad con las precedentes consideraciones, se propone a los honorables Representantes de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes ARCHIVAR el Proyecto de Acto Legislativo 021 de 2018, “*Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política y se otorgan derechos de carrera administrativa”*

**JULIO CESAR TRIANA QUINTERO**

REPRESENTANTE A LA CÁMARA

DEPARTAMENTO DEL HUILA