

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por el actor, en tanto se trata de disposiciones cuyo examen de constitucionalidad no corresponde a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución), y por tratarse de normas que versan sobre asuntos de carácter laboral, toda vez que se refieren a las exigencias para la determinación de los requisitos para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional, su conocimiento está asignado a esta Sección, de conformidad con el reglamento del Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 241 / ACUERDO 55 DE 2003

EMPLEOS PUBLICOS DEL ORDEN NACIONAL – Requisito de experiencia relacionado en empleos similares. No reproducción de acto jurídico inexequible

El fundamento de la Corte para declarar inexequible la expresión contenida en el artículo 22 del Decreto 775 de 2005 fue la discriminación y desigualdad que recaía sobre aquellas personas ajenas a las Superintendencias, era menester sacar del mundo jurídico la expresión “relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación de desempeño, si fuere del caso”; sin que eso signifique que el factor experiencia relacionada”, para determinar los requisitos generales para ocupar empleos públicos, quedó proscrito del ordenamiento jurídico. En efecto, una cosa es el “factor” de experiencia relacionada propiamente dicho y otra muy diferente es que la experiencia que se les exigía a los aspirantes a ocupar un cargo de carrera en las Superintendencias fuera directamente relacionada con las funciones del cargo, pues como bien razonó la Corte en su momento, dicha exigencia hacía alusión a una experiencia específica propia de la carrera de cada Superintendencia en particular, la cual sólo la podían acreditar los funcionarios que ya habían tenido vinculación con la entidad convocante. Resulta muy diferente fijar como FACTOR para el cumplimiento de requisitos para acceder a un empleo público una experiencia relacionada en empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer, la cual sí puede ser acreditada por un amplio espectro de población interesada que desempeña sus funciones o actividades, tanto en el sector público como en el privado, a exigir una experiencia que sólo pueda acreditar un grupo determinado, como lo es la directamente relacionada con las funciones del cargo. Por lo anterior, cuando el artículo del Ejecutivo define la experiencia relacionada en el artículo 1º del Decreto 4476 de 2005, como la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer, no está desconociendo la prohibición que trae el artículo 243 respecto de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 243

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4476 DE 2005 (21de noviembre) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 1 (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00031-00(0658-09)

Actor: GILBERTO HUGO ALVAREZ BARBOSA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ACCION DE NULIDAD – DECRETO DEL GOBIERNO NACIONAL

Conoce la Sala en única instancia de la demanda instaurada contra el artículo 1° del Decreto Reglamentario 4476 del 21 de noviembre de 2007, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se modifica el Decreto 2772 de 2005.”

DEMANDA

La parte actora, en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, solicita a esta Corporación declarar la nulidad del artículo 1° in fine, en lo concerniente a la expresión de experiencia profesional y experiencia relacionada.

El texto que se subraya es el acusado dentro del artículo que se transcribe:

**DECRETO 4476 DE 2007
(Noviembre 21)
Por el cual se modifica el Decreto 2772 de 2005.**

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 11 del
artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 5° del
Decreto 770 de 2005,**

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, en relación con la definición de experiencia profesional y experiencia relacionada, la cual quedará así:

Experiencia profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pénsum académico de la respectiva formación profesional, diferente a la Técnica Profesional y Tecnológica, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer.

Alega que la disposición demandada infringe el artículo 243 Superior, en el entendido de que ninguna autoridad puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, como quiera que la Sentencia 049 del 1° de febrero de 2006, que también considera vulnerada, declaró inexecutable la expresión “relacionada” y “directamente con las funciones del cargo”, contenidas en el numeral 22.2 del artículo 22 del Decreto Ley 775 de 2005, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional.”

Señala que a partir de la ejecutoria de dicha providencia no se puede exigir experiencia relacionada como quiera que la misma expresión desapareció del ámbito jurídico.

Por lo anterior considera que cuando el texto acusado introduce como factor para la determinación de los requisitos para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional, la necesidad de

acreditar experiencia relacionada con el empleo que se va a proveer, está volviendo a exigir un factor que ya había sido declarado inconstitucional.

Advierte que por contener tal exigencia, la norma reglamentaria que se acusa contraría la disposición constitucional referenciada y la sentencia de constitucionalidad de 2006.

Expone como fundamentos de derecho los artículos 2°, 4°, 6°, 13, 25, 40, 201, 241 y 243 de la Constitución Política y las sentencias C-270 de 2000 y 0346 de 2006.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de la Función Pública, por conducto de apoderado, contestó la demanda oportunamente oponiéndose a las pretensiones de la misma. Manifestó que el libelo no contiene los requisitos mínimos de claridad, certeza, especificidad, pertenencia y suficiencia necesarios para emitir un pronunciamiento de mérito, en razón a que los mismos están fundados en apreciaciones subjetivas y equivocadas del actor, quien sustenta los cargos de nulidad en la sentencia C-049 del 1° de febrero de 2006, la cual no guarda relación con el precepto acusado.

Explicó que corresponde a la ley la regulación de las exigencias de títulos de idoneidad, por eso los manuales específicos de funciones, requisitos y competencias laborales deben elaborarse de acuerdo con el marco general, que para las instituciones del orden nacional está contemplado en el Decreto Ley 770 de 2005 y en los Decretos Reglamentarios 2539 y 2772 de 2005 y 4476 de 2007, y

para el orden territorial en el Decreto Ley 785 de 2005 y en el Decreto Reglamentario del mismo año.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada consideró que las razones que sustentan la constitucionalidad y legalidad del acto acusado fueron ampliamente expuestas y suficientemente sustentadas en el escrito de contestación, y al no existir novedades procesales que ameriten un pronunciamiento complementario, solicitó que se tengan en cuenta las razones de la defensa expuestas en su alegato.

La parte demandada no alegó de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, al emitir su concepto, pidió que se denieguen las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, consideró que sí es procedente emitir un pronunciamiento de fondo respecto del asunto sometido a examen, debido a que la acusación contra el acto demandado es clara en manifestar que este vulnera el artículo 243 de la Constitución Política y la Sentencia C-049/06, lo que brinda la suficiente certeza, claridad, pertinencia y especificidad necesaria para estudiar la constitucionalidad de la norma. Advirtió que como la acción de nulidad por inconstitucionalidad puede ser presentada por cualquier ciudadano, los requisitos para su admisión deben ser más flexibles, más aún cuando quien presenta la demanda no acredita la profesión de abogado.

Seguidamente, y luego de hacer un breve análisis del artículo 189 [11] de la Constitución Política, estimó que el Decreto que se acusa podía ser expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga la Carta Magna.

Al entrar al fondo del asunto, transcribió apartes de la sentencia 094/06 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable las expresiones “y la relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño si fuera el caso” contenida en el numeral 22.2 del artículo 22 del Decreto Ley 775 de 2005¹, y al confrontarla con el contenido del artículo 1°, en lo que respecta a la experiencia relacionada, consideró que el actor le había dado una interpretación errónea a la sentencia que estima violentada, pues la declaratoria de inexecutable se dio porque las expresiones anuladas eran discriminatorias ya que consagraban unos beneficios para los funcionarios de las Superintendencias, en desmedro de los demás participantes.

Explicó que la mentada sentencia no declaró inexecutable la experiencia relacionada, sino que la misma se limitó a señalar que, al tener la norma demandada como aspectos de evaluación, la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación de desempeño, se incurría en una discriminación con aquellos ciudadanos que no pertenecían a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella, no habían desempeñado el cargo que se iba a proveer.

¹ Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional.

Aclaró que existe un soporte legal que define lo atinente a la experiencia relacionada como factor para la determinación de los requisitos para acceder a un empleo público, como son los Decretos 770 de 2005 y 785 de 2004.

Agotado el trámite procesal y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer si la definición del factor “experiencia relacionada” prevista en el inciso final del artículo 1° del Decreto 4476 de 2007, vulnera el artículo 243 de la Constitución Política, en cuanto dicho factor, en sentir del demandante, fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-049 de 2006 de la Corte Constitucional.

Para abordar el asunto es necesario referirse, en primer lugar, a la competencia del Consejo de Estado para realizar el control de constitucionalidad de los Decretos del Gobierno Nacional y los parámetros bajo los cuales ejerce ese control, para concluir con el análisis del caso concreto.

La atribución del Consejo de Estado, relativa al conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, comprende aquellas demandas contra actos del Gobierno Nacional cuyo cotejo con la Constitución se debe establecer mediante confrontación directa con la respectiva preceptiva constitucional.

Según lo establece el decreto extraordinario 2288 de 1989, en su artículo 7 [Numeral 7], modificado y adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 33, el conocimiento de estas normas cuando se denuncian inconstitucionales, le ha sido atribuido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Salas de Decisión de las secciones de lo contencioso administrativo, según el caso, según lo ha definido el Consejo de Estado:

“La Constitución asignó al Consejo de Estado en el numeral 2 del artículo 237 la función de “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.²

La Ley estatutaria de la Justicia (Ley 270 de 1996) dispuso:

“Artículo 37. De la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

(...)

9) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional;...”

“Artículo 49. Control de Constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno cuya competencia no haya sido atribuida a la Corte Constitucional de conformidad con el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución Política. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

Ahora, en un pronunciamiento más reciente, dijo la Sala Plena de esta Corporación:

² Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 1100103150002001019401, Auto del 11 de octubre de 2001, Consejero Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, actora ROSALBA INÉS JARAMILLO MURILLO.

«El Consejo de Estado ejerce sus competencias jurisdiccionales por medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya sea en Sala Plena, ya a través de alguna de sus secciones. Tratándose de la decisión de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 97-7 del CCA (según fue modificado por el art. 33 de la Ley 446) distribuyó la competencia entre la Sala Plena y las Secciones, reservando a la Sala Plena las concernientes a decretos (i) de carácter general, (ii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con el ordenamiento jurídico, y (iii) que no obedezcan a función propiamente administrativa. Cuando el decreto acusado no reúna estas tres condiciones, el fallo corresponde a la Sección respectiva.»³

El Decreto objeto de la presente acción de nulidad por inconstitucionalidad no es de aquellos cuyo conocimiento está atribuido a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución) pues no fue dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones que le confieren los artículos 150, numeral 10, 212, 213 215 y 341 de la Constitución.

La norma atacada se expidió por el Presidente de la República, “(...) en ejercicio de las atribuciones que confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política....”, por lo que el conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad formulada en su contra encuadra en la competencia residual asignada al Consejo de Estado por el numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política⁴.

En cuanto a la distribución interna de competencias, el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003, Reglamento del Consejo de Estado, asigna a la Sección

³ Sentencia del 15 de enero de 2003. Expedientes: 6414/ 6424/ 6447/ 6452/ 6453/ 6522/ 6523/ 6693/ 6714/ 7057. Actores: Franky Urrego Ortiz y otros.

⁴ Artículo 237 numeral 2º) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional.

Segunda el conocimiento de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.

Así las cosas, el Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por el actor, en tanto se trata de disposiciones cuyo examen de constitucionalidad no corresponde a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución), y por tratarse de normas que versan sobre asuntos de carácter laboral, toda vez que se refieren a las exigencias para la determinación de los requisitos para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional, su conocimiento está asignado a esta Sección, de conformidad con el reglamento del Consejo de Estado.

Ahora, para referirse a los parámetros bajo los cuales se juzga este tipo de Decretos, es del caso precisar que el control jurisdiccional sobre estos, cuando sean de índole eminentemente administrativo, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

Así pues, el control sustancial que ejerce el Consejo de Estado se da bajo las causales de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., a saber: violación de la Constitución y la ley, incompetencia, expedición irregular, violación del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación y desviación de poder.

En este asunto se ha de analizar la supuesta violación de la Carta Magna por parte del Decreto demandado, al modificar el artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, en relación con la definición de experiencia relacionada, como un

factor determinante para el cumplimiento de los requisitos para ocupar un empleo público.

El Decreto Nacional 2772 de 2005, “por el cual se establecen las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones”, dispuso en su capítulo tercero los “factores y estudios para la determinación de los requisitos” y dijo que los factores que se tendrían en cuenta para determinar los requisitos generales serían la educación formal, la no formal **y la experiencia** (Artículo 8°).

Del capítulo mencionado hace parte el artículo 14, el cual fue modificado por la disposición que se acusa –artículo 1° del Decreto 4476 de 2007- que estableció:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, en relación con la definición de experiencia profesional y experiencia relacionada, la cual quedará así:

Experiencia profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pónsum académico de la respectiva formación profesional, diferente a la Técnica Profesional y Tecnológica, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer.

El aparte subrayado es el que tacha el actor de inconstitucional, pues en su sentir introduce nuevamente en el mundo jurídico un factor que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, como lo es la “experiencia relacionada”, lo cual vulnera el artículo 243 Superior. Para sustentar lo anterior el actor pone de presente la Sentencia C-049 de 2006, que declaró inexecutable la expresión “y

relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño, si fuere el caso” contenida en el numeral 22.2 del artículo 22 del Decreto Ley 775 de 2005.

El Decreto 775, “por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional”, en su artículo 22 dispuso:

ARTÍCULO 22. ASPECTOS A SER EVALUADOS. De acuerdo con el perfil, funciones y necesidades específicas del cargo a proveer, se podrán tener como aspectos a ser evaluados, entre otros, los siguientes:

22.1 Educación. Formación académica relacionada con las funciones del cargo a desempeñar.

22.2 Experiencia. La general y la relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación de desempeño si fuere del caso.

La Corte Constitucional declaró inexecutable el aparte subrayado por considerar que la disposición aludida establecía, además de la experiencia general, la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño, lo cual resultaba contrario al orden constitucional, en cuanto vulneraba el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos de carrera, por ser requisitos que sólo podían cumplir empleados de carrera, especialmente de cada Superintendencia en concreto.

Dijo la Corte:

Ahora bien, al establecer la norma demandada, como uno de los aspectos de evaluación, la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño. Sin duda, se está tomando como parámetro de evaluación una medida discriminatoria con aquellos ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella no han desempeñado el cargo a proveer. En

consecuencia, se está vulnerando la posibilidad de que los ciudadanos accedan al desempeño de cargos públicos en condiciones de igualdad, derechos de raigambre Constitucional establecidos en los Arts. 13 y 40 numeral 7.

Como quiera que el fundamento de la Corte para declarar inexecutable la expresión contenida en el artículo 22 del Decreto 775 de 2005 fue la discriminación y desigualdad que recaía sobre aquellas personas ajenas a las Superintendencias, era menester sacar del mundo jurídico la expresión “relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación de desempeño, si fuere del caso”; sin que eso signifique que el factor experiencia relacionada”, para determinar los requisitos generales para ocupar empleos públicos, quedó proscrito del ordenamiento jurídico.

En efecto, una cosa es el “factor” de experiencia relacionada propiamente dicho y otra muy diferente es que la experiencia que se les exigía a los aspirantes a ocupar un cargo de carrera en las Superintendencias fuera directamente relacionada con las funciones del cargo, pues como bien razonó la Corte en su momento, dicha exigencia hacía alusión a una experiencia específica propia de la carrera de cada Superintendencia en particular, la cual sólo la podían acreditar los funcionarios que ya habían tenido vinculación con la entidad convocante.

Aunado a ello, la evaluación del desempeño, según el marco del decreto ley 775 de 2005, también constituía un requisito que sólo podían cumplir quienes venían desempeñando cargos de carrera de cada una de las entidades convocantes.

En ese orden, resulta muy diferente fijar como FACTOR para el cumplimiento de requisitos para acceder a un empleo público una experiencia relacionada en empleos que tengan funciones **similares** a las del cargo a proveer, la cual sí puede ser acreditada por un amplio espectro de población interesada que desempeña sus funciones o actividades, tanto en el sector público como en el privado, a exigir una experiencia que sólo pueda acreditar un grupo determinado, como lo es la **directamente** relacionada con las funciones del cargo.

Ahora, es del caso anotar que el factor “experiencia relacionada” ha sido desarrollado legalmente por los Decretos 2772 de 2005 y 785 del mismo año, por lo que mal puede interpretarse que dicho factor esté en desuso o deba estarlo en virtud de la sentencia que malinterpreta el actor.

Por lo anterior, cuando el artículo del Ejecutivo define la experiencia relacionada en el artículo 1° del Decreto 4476 de 2005, como la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer, no está desconociendo la prohibición que trae el artículo 243 respecto de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional.

En ese orden, le asiste razón a la Vista Fiscal cuando en su concepto manifiesta que la lectura que hace el accionante en su acusación no se ajusta al contenido de la decisión tomada por la Corte en la sentencia C-049/06, y en ese sentido no es inconstitucional la disposición consagrada en el artículo 1° in fine, en lo atinente a la “experiencia relacionada” como factor a tener en cuenta para determinar los requisitos generales en los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala denegará las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 1° del Decreto 4476 del 2005, en lo atinente a la expresión "experiencia relacionada".

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Rad. 11001-03-25-000-2009-00031-00. GILBERTO HUGO ÁLVAREZ BARBOSA