

INSCRIPCIÓN EN CARRERA ADMINISTRATIVA DE AUXILIAR DE DEFENSOR DE FAMILIA POR INCORPORACIÓN AUTOMÁTICA – Improcedencia / INCORPORACIÓN AUTOMÁTICA EN CARRERA ADMINISTRATIVA – Excepción de inconstitucionalidad

De acuerdo con el estudio realizado hasta ahora, se encuentra suficientemente acreditado que la demandante fue vinculada *ad-honorem* al ICBF como auxiliar de defensor de familia entre el 23 de noviembre de 1992 y el 22 de noviembre de 1993, periodo en el que obtuvo una calificación satisfactoria de los servicios prestados. En principio, esta circunstancia daría paso a que, en aplicación del artículo 58 de la Ley 23 de 1991, se le reconozcan los derechos de carrera administrativa que depreca pues si bien la norma en cuestión fue derogada expresamente, lo cierto del caso es que la demandante habría reunido los requisitos para beneficiarse de este mientras que estuvo vigente. No obstante lo anterior, en virtud de que el sistema de incorporación automático a la carrera administrativa que previó el artículo mencionado resulta contrario a la Constitución Política, especialmente a lo dispuesto en sus artículos 13, 40-7 y 125, procede aplicar la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 4 superior. (...). El criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por los mejores y más capacitados funcionarios. Estas consideraciones, que parten de la jurisprudencia consolidada que ha sentado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la materia, permiten afirmar que la incorporación automática que prevé el hoy derogado artículo 58 de la Ley 23 de 1991 socava el principio del mérito y el derecho fundamental a la igualdad, lo que justifica su inaplicación al caso concreto y, por consiguiente, denegar las súplicas de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de octubre de 1992, radicación: 464.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 4 / LEY 23 DE 1991 – ARTÍCULO 58 / LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 167

REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR – Procedencia / REVOCATORIA DIRECTA – Requisitos/ FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA IDENTIDAD SUBJETIVA DE LA ENTIDAD

Se ha dicho por parte de la jurisprudencia que la administración, debe someter sus actuaciones a procesos reglados y respetar sus propios actos, ello como garantía del debido proceso de los ciudadanos y como límite en el ejercicio del poder público. Por tanto, la regla general es que no puede revocar los actos administrativos que crean o modifican una situación jurídica particular a su arbitrio, debiendo velar por la protección del principio de la buena fe y de la seguridad jurídica, lo que logra, con la solicitud y obtención de la autorización del particular para revocar el acto administrativo que lo afecta. (...). La Sala observa que el reproche que formuló la demandante respecto de las resoluciones acusadas no está llamado a prosperar toda vez que, por definición, la figura de la revocatoria directa parte del supuesto de que exista identidad entre la autoridad administrativa que inicialmente ha adoptado la decisión y aquella que expide el nuevo acto administrativo en el que la deja sin efectos. Así las cosas, para concluir que en este caso no se satisface ese requisito de tipo subjetivo o formal inherente a la figura de la revocatoria directa basta advertir que la Resolución de nombramiento 1168 del 18 de mayo de 1995 fue expedida por el Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar en su condición de empleador de la hoy demandante, mientras que los actos administrativos demandados fueron proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos. En conclusión, las Resoluciones 159 del 26 de mayo de 1999 y 138 del 2 de mayo de 2007, expedidas por la entidad demandada, no dispusieron la revocatoria directa de la decisión que adoptó el ICBF a través de la Resolución 1168 del 18 de mayo de 1995.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los requisitos de la revocatoria directa, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de agosto de 2015, radicación: 0376-07.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 – ARTÍCULO 69 / DECRETO 01 DE 1984 – ARTÍCULO 73 / DECRETO 01 DE 1984 – ARTÍCULO 74

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., tres (03) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00402-00(0923-15)

Actor: MARIA MERCEDES JOJOA DE MORA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Sistema de inscripción automática en carrera administrativa de los auxiliares de defensor de familia del ICBF.

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

SE. 046

I. ASUNTO

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado a instancias de la señora María Mercedes Jojoa de Mora en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

II. ANTECEDENTES

demandante en el ICBF entre marzo de 1996 y febrero de 2004 con una calificación satisfactoria.

- Testimonio rendido el 17 de noviembre de 2011 por la señora Yormenelly Quiceno Sierra²⁷.

Luego de estudiar el acervo probatorio que se allegó al plenario, se advierte que el 4 de febrero de 1999²⁸, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitó ante la CNSC la inscripción en carrera administrativa de la señora María Mercedes Jojoa de Mora, quien fue nombrada a través de la Resolución 1168 del 18 de mayo de 1995 en el cargo de defensora de familia, código 3125, grado 10, del Centro Zonal Protección Sur de la Regional del ICBF Valle.

En tal virtud, la CNSC expidió la Resolución 159 del 26 de mayo de 1999, en la que resolvió:

[...] Artículo 1º. Negar la inscripción en el escalafón de carrera administrativa a LUIS ANGEL PAZ [...] y MARIA MERCEDES JOJOA DE MORA [...] empleados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Artículo 2º. Declarar que los nombramientos efectuados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a Luis Angel Paz [...] y a María Mercedes Jojoa de Mora mediante resolución No. 1168 del 18 de mayo de 1995, ostentan el carácter de provisionales, y en consecuencia, la entidad deberá proveer los empleos [...]

Por su parte, la Resolución 138 del 2 de mayo de 2007 confirmó dicho acto administrativo en lo que se refiere a la hoy demandante.

Visto lo anterior, la Sala observa que el reproche que formuló la señora María Mercedes Jojoa de Mora respecto de las resoluciones acusadas no está llamado a prosperar toda vez que, por definición, la figura de la revocatoria directa parte del supuesto de que exista identidad entre la autoridad administrativa que inicialmente ha adoptado la decisión y aquella que expide el nuevo acto administrativo en el que la deja sin efectos.

Así las cosas, para concluir que en este caso no se satisface ese requisito de tipo subjetivo o formal inherente a la figura de la revocatoria directa basta advertir que la Resolución de nombramiento 1168 del 18 de mayo de 1995 fue expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su condición de empleador de la hoy demandante, mientras que los actos administrativos demandados fueron proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.

En conclusión, las Resoluciones 159 del 26 de mayo de 1999 y 138 del 2 de mayo de 2007, expedidas por la entidad demandada, no dispusieron la revocatoria directa de la decisión que adoptó el ICBF a través de la Resolución 1168 del 18 de mayo de 1995.

²⁷ Ff. 162-165, cuaderno principal.

²⁸ Esta información consta en la parte considerativa de la Resolución 159 de 1999.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿La señora María Mercedes Jojoa de Mora tiene derecho a que la Comisión Nacional del Servicio Civil realice la anotación de inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 23 de 1991 y, en caso afirmativo, respecto de que cargo?

A efectos de resolver este interrogante, la Sala analizará los siguientes ítems: (i) Derechos de carrera administrativa de los auxiliares de defensor de familia del ICBF según la Ley 23 de 1991; (ii) Estudio de validez de normas proferidas con anterioridad a la Constitución de 1991; (iii) Jurisprudencia sobre inscripción automática al sistema de carrera; y (iv) Caso concreto.

(i) Derechos de carrera administrativa de los auxiliares de defensor de familia del ICBF según la Ley 23 de 1991

El 21 de marzo de 1991 se expidió y publicó la Ley 23, «[...] Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones [...]». El Capítulo IV de dicha norma, que se ocupó de regular lo relativo a la conciliación en temas de familia, dispuso que en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se creara el cargo *ad honorem* de auxiliar de defensor de familia²⁹, al que se le asignó el cumplimiento de las actividades propias de la profesión estudiada, que podía ser derecho, trabajo social, psicología, medicina, sicopedagogía y terapia familiar, siempre bajo la coordinación y supervisión de los defensores de familia. Cuando el empleo fuere desempeñado por abogados, a estos les correspondía además (i) representar procesalmente a los menores en los procesos de familia adelantados por los jueces de familia o promiscuos de familia en única instancia, y los jueces municipales en primera o única instancia y (ii) preparar y sustentar aquellos asuntos que según el artículo 277 del Código del Menor le correspondían decidir o aprobar al defensor de familia³⁰.

Respecto de la naturaleza del cargo de auxiliar de defensor de familia, el artículo 57 de la referida ley previó que sería de libre nombramiento y remoción por parte del respectivo director regional del ICBF y le atribuyó las mismas responsabilidades y obligaciones que los empleados públicos al servicio de dicha entidad.

Ahora bien, la Ley 23 de 1991 previó la posibilidad de reconocerle derechos de carrera administrativa a quienes se desempeñaran como auxiliares de defensor de familia, al disponer:

[...] ARTÍCULO 58. Las personas que presten el servicio a que se refiere el artículo 55 de la presente ley por un término no inferior a un año, y

²⁹ Artículo 55, Ley 23 de 1991.

³⁰ Artículo 56, Ley 23 de 1991.

obtuvieren una calificación de servicios satisfactoria de acuerdo con el reglamento del Instituto, tendrán derecho a que se les nombre en las vacantes que se presenten en la institución dentro del año inmediatamente siguiente, en cargos de la misma naturaleza de los desempeñados, y su nombramiento se hará dentro de la Carrera Administrativa con el carácter de propiedad, si reúnen los requisitos para ello.

Si el auxiliar es egresado de una Facultad de Derecho, el servicio jurídico voluntario prestado no inferior a nueve (9) meses le servirá además de judicatura podrá obtener el título de abogado, en reemplazo de la tesis de grado. Este requisito no podrá sustituir el de los preparatorios [...]

De lo anterior surge que, cuando se reúnen los siguientes requisitos, el auxiliar de defensor de familia tiene derecho a ser nombrado en propiedad, en carrera administrativa, en un cargo de igual naturaleza de los desempeñados que se encuentre en vacancia dentro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

- i) Que se cumpla con un periodo mínimo de prestación de servicio *ad honorem* de un año.
- ii) Que la calificación del servicio desempeñado sea satisfactoria.
- iii) Que reúna los requisitos para ocupar el cargo de defensor de familia.

De acuerdo con ello, es plausible concluir que la mencionada ley consagró respecto de los auxiliares de defensor de familia del ICBF un sistema de inscripción automática a la carrera administrativa en el que el ingreso a esta no se encontraba precedido de la realización de un concurso público de méritos y el sometimiento al conjunto de normas que lo rigen. No obstante, el artículo 58 *ibidem* que lo contemplaba fue derogado expresamente por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998³¹, publicada en el Diario Oficial 43.335 de 08 de julio de 1998.

(ii) Estudio de validez de normas proferidas con anterioridad a la Constitución de 1991

Lo primero que debe señalarse es que la expedición de una nueva Constitución Política determina que esta deba aplicarse de manera inmediata frente a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, ello a voces del artículo 9³² de la Ley 153 de 1887. Ahora bien, en relación con el ordenamiento jurídico preexistente hay que decir que, como regla general, aquél conserva su vigencia pues existe la necesidad de «evitar un colapso normativo, y de mantener la seguridad jurídica»³³. Esto significa que el tránsito de un régimen constitucional a otro no permite *per se* predicar la inexecutable de los preceptos que se promulgaron en vigor de aquel que queda derogado.

³¹ «Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.»

³² La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.

³³ Corte Constitucional sentencias C-155 de 1999, C- 681 de 2003, entre otras.

Sobre el análisis de validez de dichas normas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que es preciso distinguir entre el estudio de los aspectos formales y el de los aspectos sustanciales. En relación con los primeros, las disposiciones preconstitucionales deben examinarse a la luz de la Carta Política vigente a la fecha de su expedición, lo que no ocurre con las cuestiones de naturaleza material, cuyo control ha de efectuarse teniendo como parámetro la Constitución que rija al momento de llevar a cabo la revisión.

Así, en sentencia C-348 de 2017, la Corte Constitucional, refiriéndose al estudio de los aspectos de fondo o materiales de las normas preconstitucionales, indicó que:

[...] si la demanda de inconstitucionalidad recae sobre una norma promulgada durante la vigencia de la Constitución de 1886, tal disposición debe ser analizada a la luz del nuevo diseño constitucional con el fin de establecer si existe una incompatibilidad material o sustancial entre esta y los principios que orientan el modelo fijado por el Constituyente de 1991 [...]

(iii) Jurisprudencia sobre inscripción automática al sistema de carrera

Según se explica a continuación, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable varios sistemas de inscripción automática a carreras administrativas especiales al encontrarlos violatorios de los principios del mérito y de igualdad que, por regla general, caracterizan la función pública.

- *Sentencia C-317 de 1995. Régimen especial de carrera administrativa del personal de la Aeronáutica Civil.*

En esta oportunidad, el máximo juez constitucional declaró la inexecutable parcial del inciso 3º del artículo 53 de la Ley 105 de 1993, en cuanto preveía que la primera incorporación y nombramiento en la planta de personal de la Aeronáutica Civil daría lugar al ingreso directo en la carrera administrativa. La Corporación concluyó que, de esta forma, el ingreso a todos los cargos de la entidad pasó a regirse por las reglas propias de los empleos de libre nombramiento, lo que exceptuaba el régimen de carrera en la medida en que el derecho a esta no surgía en virtud del concurso público sino de la designación que hiciera el director de la entidad.

- *Sentencia C-037 de 1996. Régimen especial de la carrera judicial.*

La Corte, al revisar el Proyecto de Ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, correspondiente a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, declaró, entre otros, la inexecutable de su artículo 193 transitorio por considerar que transgredía los artículos 13 y 125 de la Constitución Política. La norma objeto de control permitía que todo servidor público de la Rama Judicial que, con anterioridad a la expedición de la ley, hubiese sido nombrado en propiedad en un cargo para un período fijo o a término indefinido, quedara automáticamente incorporado al sistema de carrera judicial, sin necesidad de providencia que así lo

determinara. Como fundamento de la decisión, expuso la providencia:

[...] la norma constitucional citada prevé [artículo 125 superior], también como regla general, que el ingreso al sistema de carrera, salvo que la ley disponga algo diferente, deberá hacerse a través de concurso público, pues este mecanismo se constituye en el más idóneo no sólo para conocer las reales aptitudes de los candidatos a un cargo de carrera, sino también para asegurar la aplicación del derecho constitucional fundamental de la igualdad (Art. 13 C.P.) [...]

Con esta medida, se estaría permitiendo que las personas que señala la disposición gocen de los beneficios y de la estabilidad que conlleva el sistema de carrera, sin haber tenido necesidad de concursar o de demostrar frente a otros candidatos sus aptitudes, conocimientos y preparación profesional [...]

- *Sentencia C-562 de 1996. Régimen especial de carrera administrativa docente.*

En esta providencia se sometió a control el parágrafo 1.º del artículo 105 de la Ley 115 de 1994 que admitió que el personal que venía vinculado al sistema educativo estatal en el momento de expedirse dicha norma se hiciera beneficiario de un sistema de vinculación automática en el que podían ingresar al escalafón docente con la sola acreditación del título docente en un plazo no mayor a dos años, sin participar en un concurso público de méritos. A los bachilleres que se encontrasen prestando servicios docentes en zonas de difícil acceso, la norma les otorgó un plazo de dos años adicionales para incorporarse al Escalafón Nacional Docente.

El análisis de la disposición acusada llevó a la Corte a concluir que los sistemas de incorporación automática no son legítimos en términos generales. Por tal motivo, el estudio de su validez debe ser estricto, de manera que solo se admita en aquellos casos en que el mecanismo resulte necesario para que el Estado pueda alcanzar objetivos estatales imperiosos, lo que a juicio de la Corporación sucede cuando «[...] no aparecen claramente otros instrumentos menos lesivos de la igualdad de oportunidades y del sentido de la carrera administrativa, y que fueran también idóneos para alcanzar ese mismo objetivo constitucional [...]».

De acuerdo con ello, la sentencia estimó lo siguiente:

[...] Como existen grandes dificultades para satisfacer las necesidades del servicio de educación básica en las zonas de difícil acceso con personal de carrera vinculado por medio de concurso, y este servicio, conforme a la Carta, es impostergable, resulta admisible vincular al escalafón docente a quienes ya estén laborando en la zona, se encuentren en comprobado proceso de profesionalización y reúnan los otros requisitos exigidos por la ley [...] El trato diferente determina beneficios generales sólo si los docentes vinculados por este excepcional mecanismo de incorporación automática permanecen en las zonas de difícil acceso, pues si se permite su traslado, la afectación a la igualdad de oportunidades y a los principios propios de la carrera ya no tendría justificación [...] si tales docentes desean laborar en otras zonas deberán someterse al requisito del concurso [...]

- *Sentencia C-030 de 1997. Régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional y departamental.*

En esta oportunidad, la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 61 de 1987, y 22 de la Ley 27 de 1992, que permitían que los empleados que estuvieran desempeñando un cargo de carrera sin estar inscritos en ella acreditaran, dentro del año inmediatamente siguiente a la vigencia de la ley, el cumplimiento de los requisitos exigidos para los respectivos empleos, a efectos de poder solicitarle al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la carrera administrativa

Al respecto, estimó que las normas examinadas implementaban un sistema de ingreso automático a la carrera administrativa que resulta contrario a los principios de mérito, igualdad y eficacia que deben regir la administración pública, por lo que decidió declararlos inexecutable, previas las siguientes consideraciones:

[...] esas normas facilitan el ingreso y permanencia en la carrera administrativa de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (desempeñando un cargo de carrera), no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades. Así se desconocen, no sólo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución).

La excepción que establecen las normas acusadas para el ingreso a la carrera administrativa, desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como el mérito y capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rija este sistema, e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades [...]

- *Sentencia C-290 de 2007. Régimen especial de carrera para los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

En esta providencia se declaró la inexecutable del inciso 4 del artículo 10 de la Ley 1033 de 2006³⁴ que facultaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil para habilitar en carrera administrativa general, especial o específica, según el caso, a quienes hubiesen realizado y superado el respectivo proceso de selección por mérito, de acuerdo con la normatividad vigente a la fecha de la convocatoria para la cual se hubiera participado.

Sobre el particular, recordó la Corporación que el derecho a la inscripción en carrera administrativa tan solo surge para el concursante cuando, luego de haber

³⁴ «Por la cual se establece la carrera administrativa especial para los empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al Sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150^a de la Constitución Política».

sido inscrito en la lista de elegibles, es nombrado en el empleo respectivo y supera el periodo de prueba. En ese orden de ideas, concluyó la inconstitucionalidad de la norma toda vez que la hipótesis que prevé admite el reconocimiento de derechos de carrera por el solo hecho de haber superado un concurso de méritos, olvidando que la exigencia legal es que se agote la totalidad de las etapas del proceso de selección, incluida la de superación del periodo de prueba.

En tales condiciones, la disposición objeto de estudio resultaba violatoria del derecho a la igualdad de aquellas otras personas que, para ser inscritas en carrera administrativa, debían concluir a cabalidad aquel proceso.

Así las cosas, a la luz de la jurisprudencia constitucional, aunque los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa tengan por objeto la estabilidad de quienes ya laboran en una entidad estatal, desconocen el principio del mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución, al igual que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública de que tratan los artículos 13 y 40-7 superiores.

En esa misma línea, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de jurisprudencia del 19 de mayo de 2016³⁵, al estudiar el tema del reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada de la DIAN, concluyó que la incorporación automática a cargos de carrera realizada con sustento en el Decreto 2117 de 1992 es inconstitucional. Por este motivo, aquellas personas que se beneficiaron con dicha norma no ostentan derechos de carrera administrativa, en consecuencia, no pueden ser beneficiarias de la prima en cuestión.

Para arribar a dicha conclusión, esta Sección se fundamentó en los siguientes argumentos:

1. El artículo 125 de la Constitución Política regula que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular y los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior como parte de la exigencia del mejoramiento del servicio público, la necesidad de preservar los derechos de los empleados públicos y garantizar el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.
2. El artículo 116³⁶ del Decreto 2117 de 1992 resulta evidentemente contradictorio al artículo 125 superior en tanto dispuso la incorporación

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 n.º 002/16, número interno 4499-2013.

³⁶ «[...] ARTICULO 116. PLANTA DE PERSONAL E INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS. La planta de personal que se expida para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberá recoger las plantas de las dos entidades que se fusionan, más los cargos necesarios para el cumplimiento de las funciones que en materia de control cambiario y de impuestos territoriales se asumen. La planta seguirá la nomenclatura señalada en el Decreto 1865 de 1992, en cuanto a los funcionarios de carrera.

Los cargos de secretario general se asimilan al cargo de subdirector, los cargos de subsecretarios se asimilan al de jefe de oficina para efectos del reconocimiento de prima de dirección. **Para efectos de la incorporación a la nueva planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas**

automática a la carrera administrativa sin formalidades ni requisitos adicionales, mientras que este último establece como regla general el concurso público para el ingreso a aquella.

3. Como se estudió, la Corte Constitucional ha declarado en diversas oportunidades la inexecutable de los sistemas de inscripción automática al considerar que el fundamento de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quienes ingresan a ella.
4. En consonancia con ello, sostuvo esta Corporación que «[...] los derechos derivados de la carrera como el derecho a la estabilidad laboral, provienen no del hecho mismo de la inscripción, sino de que la misma ocurra como consecuencia de la superación de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia; y una vez surtido y superado dicho concurso, tiene sentido la defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, del cual no son titulares los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ni quienes son incorporados de manera automática [...]».
5. Por lo anterior, la sentencia de unificación jurisprudencial aludida concluyó que «[...] los empleados incorporados a la DIAN automáticamente, por medio del decreto 2117 de 1992, no pueden ser beneficiarios de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que no desempeñaron el cargo en propiedad, como quiera que su inscripción en carrera administrativa no se derivó de la superación satisfactoria de un concurso de méritos. [...]»

(iv) Caso concreto

De acuerdo con el estudio realizado hasta ahora, se encuentra suficientemente acreditado que la señora María Mercedes Jojoa de Mora fue vinculada *ad-honorem* al ICBF como auxiliar de defensor de familia entre el 23 de noviembre de 1992 y el 22 de noviembre de 1993, periodo en el que obtuvo una calificación satisfactoria de los servicios prestados.

En principio, esta circunstancia daría paso a que, en aplicación del artículo 58 de la Ley 23 de 1991, se le reconozcan los derechos de carrera administrativa que deprecia pues si bien la norma en cuestión fue derogada expresamente, lo cierto del caso es que la demandante habría reunido los requisitos para beneficiarse de este mientras que estuvo vigente.

No obstante lo anterior, en virtud de que el sistema de incorporación automático a

Nacionales, que se entenderá realizada el primero de junio de 1993, los funcionarios de las Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

La dirección de Impuestos Nacionales previamente a la fecha de incorporación a la nueva entidad, adoptará la nomenclatura y clasificación señalada en los incisos anteriores, con el concepto previo y favorable de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para efectos de esta incorporación no se tendrán en cuenta los requisitos para ingreso, escalafonamiento, y el sistema de concursos de que trata el Decreto 1647 de 1991 y sólo se exigirá para la posesión la firma de la respectiva acta [...]. (Negrillas de la Sala).

la carrera administrativa que previó el artículo mencionado resulta contrario a la Constitución Política, especialmente a lo dispuesto en sus artículos 13, 40-7 y 125, procede aplicar la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 4 superior³⁷.

Sobre la naturaleza de dicha excepción, esta Corporación, Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló lo siguiente en concepto del 13 de octubre de 1992:

[...] La excepción de inconstitucionalidad, prescrita por el artículo 4o. de la Constitución - 215 de la anterior Carta Política - consiste en la inaplicación que hace un funcionario u órgano administrativo o judicial, de la disposición aplicable al caso, por considerarla inconstitucional para proferir su decisión con fundamento en la Constitución. La disposición inaplicada subsiste pero en el caso específico, es reemplazada por la de carácter constitucional. Por consiguiente, la excepción de inconstitucionalidad es un criterio de hermenéutica jurídica que permite al funcionario u órgano, judicial o administrativo, preferir una disposición constitucional sobre otra posterior de inferior jerarquía para proferir su decisión en un caso determinado [...]³⁸

En línea con lo anterior, es preciso señalar que si bien la ley en comento fue expedida en vigencia de la Constitución Política de 1886, como se anotó, tratándose del estudio de asuntos de tipo material o sustancial, la validez de un precepto preconstitucional debe efectuarse a la luz de la norma superior vigente al momento de realizar el control.

Así las cosas, es preciso señalar que el artículo 125 de la Constitución de 1991 contempla el principio del mérito a través de la consagración del sistema de carrera, último que se erige como la regla general del empleo público pues, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de esta naturaleza. De igual manera, esta norma dispone que todo tipo de cargo cuyo nombramiento no se encuentre regulado en la Constitución o en la ley debe hacerse mediante concurso público.

En términos de derecho administrativo laboral, la carrera puede definirse como un sistema técnico de administración del empleo en el que el criterio esencial en la provisión de cargos públicos está dado por el mérito y la calidad de los aspirantes, lo que redundará no solo en beneficio del interés general y de los fines del Estado, quien tendrá a su servicio a los más calificados, sino también en el de los trabajadores, a quienes de esta forma se les garantiza estabilidad laboral e igualdad de oportunidades de cara al empleo.

Este amparo se establece debido a la forma de provisión de los empleos de dicha naturaleza; como su nombramiento responde a un concurso público pensado para garantizar un proceso de selección estricto, se busca privilegiar a quienes, en

³⁷ «Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.»

³⁸ Concepto del 13 de octubre de 1992; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; actor: Departamento Administrativo del Servicio Civil radicación 464.

virtud de sus méritos, competencias y calidades profesionales e intelectuales, se han ganado el derecho al cargo.

En ese orden de ideas, resulta plausible afirmar que el mérito es un principio que, por disposición del constituyente y del legislador, se encuentra inserto en la esencia misma de los empleos de carrera, apareciendo como una de las formas en las que se proyecta la satisfacción de las necesidades del servicio y de los intereses de la comunidad. Lo anterior puesto que el hecho de que las calidades intelectuales, académicas y laborales aparezcan como criterios inherentes en su provisión, juega tanto a favor de los empleados como en beneficio del Estado.

Entendido así, el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por los mejores y más capacitados funcionarios.

Estas consideraciones, que parten de la jurisprudencia consolidada que ha sentado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la materia, permiten afirmar que la incorporación automática que prevé el hoy derogado artículo 58 de la Ley 23 de 1991 socava el principio del mérito y el derecho fundamental a la igualdad, lo que justifica su inaplicación al caso concreto y, por consiguiente, denegar las súplicas de la demanda.

Decisión

Por lo expuesto, la Sala procederá a inaplicar por inconstitucional el artículo 58 de la Ley 23 de 1991 y negar las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejerció la señora María Mercedes Jojoa de Mora en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Inaplicar por inconstitucionalidad, en el caso concreto, el artículo 58 de la Ley 23 de 1991, conforme con la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejerció la señora María Mercedes Jojoa de Mora en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con las razones expuestas *ut supra*.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ