



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXII - N° 893

Bogotá, D. C., viernes, 21 de julio de 2023

EDICIÓN DE 11 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariasenado.gov.co

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### CARTAS DE COMENTARIOS

#### CARTA DE COMENTARIOS DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 236 DE 2022 CÁMARA

*por medio del cual se establece el mes de octubre, como el Mes de la Salud Mental en Colombia.*

Bogotá D.C

Docor  
**RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO**  
Secretario  
Comisión Séptima Constitucional  
Cámara de Representantes  
comision.septima@camara.gov.co  
Ciudad

**Asunto:** concepto sobre el Proyecto de Ley n.º236 de 2022 Cámara «por medio del cual se establece el mes de octubre, como el mes de la salud mental en Colombia».

Respetuoso saludo:

El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social a continuación, expone las observaciones realizadas al Proyecto de Ley n.º236 de 2022 Cámara «por medio del cual se establece el mes de octubre, como el mes de la salud mental en Colombia», tomando como base el texto publicado en la gaceta n.º 1247 de 2022.

#### 1. Propuesta normativa

El proyecto de ley tiene por objeto establecer el mes de octubre, como el "Mes de la Salud Mental" en Colombia, lo que implica «hacer conciencia de la importancia del equilibrio, tranquilidad, amor en la gestión de las emociones y resolución de conflictos, en el ámbito individual, familiar, escolar, laboral y social»<sup>1</sup> todo esto con el fin de «evitar la ocurrencia de trastornos de salud mental, tener claridad de las rutas de acceso a los servicios, acabar con los mitos y visualizar la realidad de muchas familias colombianas»<sup>2</sup>.

La declaración del mes de octubre de cada año a partir de esta vigencia para la salud mental en Colombia significa la concientización en todos los ámbitos de las personas, soportadas en la prevención y promoción del sector para garantizar el manejo del suicidio, la depresión, la ansiedad y demás trastornos mentales; de manera especial el día 10 de octubre, generando rutas de atención y de alertas tempranas en los diferentes entes nacionales, departamentales y municipales. Desarrollando programas y actividades en beneficio de la convivencia entre las personas sin distinción de clase social, sexo e ideologías religiosas que contribuyan a la mejor calidad de vida de la sociedad. Se deberán desarrollar entonces diferentes acciones sociales como conferencias, exposiciones, talleres, formación de grupos, juegos, concursos, eventos deportivos y académicos.

En el artículo 3 se consagra el ámbito de aplicación del proyecto de ley, en el cual se incluyen, como responsables de la implementación de las Leyes 1566 de 2012, 1616 de 2013, a todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a varios ministerios, al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, el **Departamento Administrativo de la Prosperidad Social**, a los entes territoriales y al sector privado en cada uno de sus ámbitos. Actores que de conformidad con el artículo 4 del proyecto de ley deberán «desarrollar una serie de actividades de forma articulada que permitan la sensibilización, promoción la prevención y la atención integral de la salud mental como un derecho fundamental, y eje central de salud pública, componente esencial del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida individual, colectiva, comunitaria y territorial». Para el seguimiento y control de estas actividades, el artículo 5 dispone que las comisiones séptimas de ambas cámaras, y la Comisión Accidental de Salud Mental, llevarán a cabo actividades de monitoreo y evaluación permanentes.

#### 2. Consideraciones a la propuesta normativa

##### 2.1. Naturaleza jurídica y funciones del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

Al considerar la propuesta normativa, resulta importante realizar algunas precisiones sobre la competencia y funciones asignadas al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

El Decreto 2094 de 2016, «por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Prosperidad Social», establece en el artículo 3 como objetivo del Departamento Administrativo: formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos para la inclusión social y la reconciliación en términos de la superación de la pobreza y la pobreza extrema, la atención de grupos vulnerables, la atención integral a la primera infancia, infancia y adolescencia, y la atención y reparación a víctimas del conflicto armado a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, el cual desarrollará directamente o a través de sus entidades adscritas o vinculadas, en coordinación con las demás entidades u organismos del Estado competentes.

Específicamente, las funciones de Prosperidad Social, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 2094 de 2016, son:

**Artículo 4.** Funciones. Son funciones del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, además de las que determina la Ley 489 de 1998 y demás disposiciones legales, las siguientes:

- Formular, dirigir, coordinar, ejecutar y articular las políticas, planes, programas, estrategias y proyectos para la inclusión social y la reconciliación en términos de la superación de la pobreza y pobreza extrema, la atención de grupos vulnerables y la atención y reparación a víctimas del conflicto armado a que se refiere el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011.
- Formular, dirigir, coordinar y articular las políticas, planes, programas, estrategias y proyectos para la atención integral a la primera infancia, infancia y adolescencia.
- Impartir directrices a las entidades del Orden Nacional para la intervención de las poblaciones focalizadas por el Departamento, en el ámbito de las competencias de cada una de estas.
- Adoptar y ejecutar planes, programas, estrategias y proyectos para gestionar y focalizar la oferta social de las entidades del Orden Nacional en el territorio, con criterios de eficiencia y eficacia, para garantizar el mejoramiento de las condiciones de vida.
- Adoptar y ejecutar planes, programas, estrategias y proyectos para la población en situación de pobreza y pobreza extrema, vulnerable y víctima de la violencia, a través del acompañamiento familiar y comunitario que contribuyan a la inclusión social y reconciliación.
- Establecer esquemas de seguimiento, monitoreo y evaluación a la ejecución de las políticas, planes y proyectos de competencia del Sector de Inclusión Social y Reconciliación, en coordinación con las entidades responsables en la materia.
- Promover la innovación social a través de la identificación e implementación de iniciativas privadas y locales, entre otras, dirigidas a la inclusión social y productiva de la población en situación de pobreza y pobreza extrema, vulnerable y víctima de la violencia.
- Definir las políticas de gestión de las tecnologías de información y las comunicaciones del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, que permitan el intercambio y disponibilidad de la información para el cumplimiento de las funciones del Sector.
- Impartir directrices para la interoperabilidad de los Sistemas de Información de Beneficiarios a cargo de las diferentes entidades del Estado.
- Dirigir y orientar la planeación del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación para el cumplimiento de las funciones a cargo de este.
- Gestionar y generar alianzas con el sector privado, organismos de carácter internacional y otros gobiernos que faciliten e impulsen el logro de los objetivos del Sector, en coordinación con las demás entidades estatales competentes.

De acuerdo con la Constitución Política, artículo 121, «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley», así mismo, el artículo 209 establece que la «función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones». Las actuaciones de las autoridades administrativas deben estar siempre armonizadas con el cumplimiento de los fines del Estado y coordinadas de acuerdo con sus objetivos y competencias.

Por otra parte, el artículo 5 de la Ley 489 de 1998<sup>1</sup>, respecto a la competencia administrativa dice:

Los organismos y entidades administrativas deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones

<sup>1</sup> Artículo 1 PL 236 de 2022 Cámara.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>1</sup> Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

En el artículo 58 de la mencionada ley, precisa como objetivos de los ministerios y departamentos administrativos, lo siguiente: «Conforme a la Constitución, al acto de creación y a la presente Ley, los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen» (negrilla fuera del texto original).

La expresión "del Sector Administrativo que dirigen" lleva implícito y se debe entender a la luz del principio denominado por la doctrina, como: "especialidad de los establecimientos públicos"<sup>1</sup>, este es uno de los principios generales surgidos del derecho administrativo<sup>2</sup>, el cual consiste en que «las personas jurídicas públicas, del tipo del ente institucional, tienen objetivos propios de los cuales no deberán apartarse»<sup>3</sup>, en el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C- 295 de 1995, precisó que, el principio de especialidad es aquel «en virtud del cual, [a las entidades públicas] no le es permitido llevar a cabo actos distintos a los autorizados en el objeto de sus atribuciones»<sup>4</sup>.

En ese orden de ideas, las competencias administrativas obedecen al objeto especial para el que fue creada cada entidad y para el cumplimiento de los principios de la administración pública y los fines del Estado, y así evitar la desnaturalización de las entidades públicas; es importante que las responsabilidades que se les asignen en las disposiciones jurídicas, y las acciones desarrolladas por cada institución pública, sean enmarcadas dentro de la especialidad (Sector Administrativo) y de las funciones y competencias establecidas en el acto de su creación.

Hablando específicamente del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, su objetivo es: «formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos para la inclusión social y la reconciliación en términos de la superación de la pobreza y la pobreza extrema, y la atención de grupos vulnerables, la atención integral a la primera infancia, infancia y adolescencia, y la atención y reparación a víctimas del conflicto armado a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011», definido en el artículo 3 del Decreto 2094 de 2016, en cuyo desarrollo desempeña sus funciones y competencias tal como se expuso en la sección anterior.

El objeto y la materia del proyecto de ley están relacionados con la promoción de la salud mental como elemento integral de la garantía del derecho a la salud y para el desarrollo integral y la reducción de riesgos asociados a ella<sup>5</sup>. La política de salud mental está enfocada para la búsqueda del bienestar humano, en ese orden de ideas, la intención del proyecto de ley es loable, ya que busca establecer el mes de octubre como el de la salud mental con el fin de comprometer a ciertas entidades del Estado a ejecutar programas y actividades en pro de ese bienestar humano por medio de la promoción de la salud mental.

Ahora bien, aunque la salud mental es un factor asociado a la pobreza, y algunos programas y proyectos liderados por Prosperidad Social se involucran tangencialmente con este asunto, no es de la esencia de sus competencias. Si bien es cierto, la Política Pública de Salud Mental adoptada mediante la Resolución 4886 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social, dispone que la misma debe desarrollarse con la intervención de varios actores e implica el desarrollo de la gestión sectorial e intersectorial, y que en virtud de la naturaleza de las acciones intersectoriales, se puede convocar a otros entes o autoridades; siempre teniendo presente el principio de colaboración armónica y la necesidad de concertación previa; no obstante, esta política está dirigida a toda la población y no hay un sector específicamente focalizado, no pasa así con el sector de la inclusión social y la reconciliación, el cual dirige sus programas a población en condición de pobreza y pobreza extrema, vulnerable y víctima de la violencia.

De lo anterior se concluye, que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social no tiene dentro de sus funciones la de desarrollar actividades para la sensibilización, promoción, prevención y la atención integral de la salud mental. En ese sentido, la participación de Prosperidad Social en este proyecto de ley ameritaría ajustes institucionales que permitan dar cumplimiento a las tareas establecidas por el legislador, aunado a la disponibilidad presupuestal que se destine para desarrollarlas.

<sup>1</sup> Se debe entender "establecimiento público" en un sentido genérico, refiriéndose a las entidades e instituciones del Estado en sus diferentes niveles.  
<sup>2</sup> Fienberthy López, en Ratto Juris, vol. 14, núm. 28, pp. 363-382, 2019. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5857/585762914013.html/>  
<sup>3</sup> MUNICIPALIDAD DEL ROSARIO, Argentina. [Consultado: 5 de octubre de 2022]. Disponible en: [https://www.rosario.gov.ar/archivos/WebsitePersonal/dercho\\_administrativo.pdf](https://www.rosario.gov.ar/archivos/WebsitePersonal/dercho_administrativo.pdf)  
<sup>4</sup> Sentencia C-295 del 6 de julio de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.  
<sup>5</sup> Resolución 4886 de 2016- Ministerio de Salud y Protección Social.

**2.2 Concepto técnico de la Oficina Asesora de Planeación de Prosperidad Social**

La Oficina Asesora de Planeación, que de conformidad con el numeral 4 del artículo 13 del Decreto 2094 de 2016 le corresponde, entre otras, la función de [d]efinir lineamientos para la focalización de los programas y proyectos para la atención a la población beneficiaria del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación", se pronunció frente al texto del proyecto de ley realizando las siguientes recomendaciones:

(...)  
 De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 del Decreto 2094 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Prosperidad Social", ni el objetivo ni las funciones asignadas a la entidad se refieren expresamente a salud mental, funciones que son propias del sector de Salud y protección social y el Sistema General de Seguridad Social - SGSSS.

Sin embargo, considerando el objetivo del proyecto de ley al destacar el mes de noviembre como el mes de salud mental en el cual "(...) se deberá hacer conciencia de la importancia del equilibrio, tranquilidad, amor en la gestión de las emociones y resolución de conflictos, en el ámbito individual, familiar, escolar, laboral y social. Cuyo propósito es evitar la ocurrencia de trastornos de salud mental, tener claridad de las rutas de acceso a los servicios, acabar con los mitos y visualizar la realidad de muchas familias colombianas" y teniendo en cuenta que los determinantes del estado de la salud mental de las personas podrán llegar a ser multifactoriales, dentro de la que se podrá considerar la situación asociada a la vulnerabilidad, precariedad y pobreza, entre otros muchos factores, [es importante señalar que] desde los programas Familias y Jóvenes en Acción se realizan [las siguientes] intervenciones asociadas a la salud mental:

1. A través del componente de bienestar comunitario del Programa Familias en Acción, [se impulsan] las competencias ciudadanas y comunitarias de los titulares de este programa, con el fin de potencializar factores personales y sociales para el manejo efectivo de situaciones interpersonales.
2. A través del componente de habilidades para la vida del Programa Jóvenes en Acción, [se promueven] las habilidades blandas en los jóvenes a través del desarrollo de herramientas para identificar y regular emociones.

Se puede concluir que, [Prosperidad Social, mediante los programas de Familias en Acción y Jóvenes en Acción], se encuentra [desarrollando acciones que de alguna manera le apuntan al objeto del proyecto de ley].

**Conclusión:**

Considerando que la salud mental es un problema que puede afectar potencialmente a toda la población colombiana, incluidas las personas, familias y hogares y los condicionantes multisectoriales y multifactoriales, acorde con las competencias primarias del sector de la salud y Protección Social y del SGSSS, pero sin dejar de lado la contribución que deben realizar todos los diferentes actores, sectores, poderes públicos y ciudadanía en general, se propone el siguiente ajuste al artículo 3 del ámbito de aplicación:

PL 236 C - 2022	Propuesta de ajuste
<p><b>ARTÍCULO 3. Ámbito de Ampliación.</b> La presente ley es aplicable a todos los actores Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, en especial la Superintendencia Nacional de Salud, las Empresas Administradoras de Planes de Beneficios, los Prestadoras de Servicios de Salud, a los Ministerios de Trabajo, Educación, Cultura, Justicia, Transporte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, los Entes Territoriales, así como al sector privado en cada uno de sus ámbitos, como responsables de la implementación de las leyes 1566 de 2012, 1616 de 2013, como de las políticas de Salud Mental y la Política Integral para la Prevención y Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas, y las demás normas que las desarrollan y complementan.</p>	<p><b>ARTÍCULO 3. Ámbito de Ampliación.</b> La presente ley es aplicable a todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, en especial la Superintendencia Nacional de Salud, las Empresas Administradoras de Planes de Beneficios, los Prestadoras de Servicios de Salud.</p> <p>Parágrafo: Los Ministerios y Departamentos Administrativos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público, así como los entes territoriales y sector privado, en el ámbito de competencias, deberán realizar acciones en cumplimiento del artículo primero.</p>

Teniendo en cuenta las consideraciones técnicas de la Oficina Asesora de Planeación, en cuanto a que la salud mental es un asunto que atañe directamente al sector de salud, se sugiere con todo respeto,

que se realicen los cambios anteriormente propuestos al artículo 3 del proyecto de ley, en el sentido que las demás entidades del Estado apoyaran desde los enfoques propios de sus competencias.

**3. Observaciones realizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social**

La prestación de los servicios en salud está organizada como un sistema que lidera la Nación a través del Ministerio de Salud y Protección Social, con la participación de los entes territoriales, para garantizar la efectiva materialización del derecho a la salud, que redunde en la necesaria aplicación de los principios de accesibilidad y universalidad del derecho. Lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Constitución Política y lo dispuesto en la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>.

En cuanto a las competencias del Ministerio de Salud y Protección Social en materia de promoción de la salud y salud pública, el artículo 170 de la citada ley dispone: «El Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidémicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud, de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993».

En ese orden de ideas, el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución política y se dictan otras disposiciones» dispuso:

**Artículo 59. Funciones.** Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales.

(...)

3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto. (...)

6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución. (...)

9. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de entidades y personas privadas en la prestación de servicios y actividades relacionados con su ámbito de competencia.

El artículo 1, el numeral 2 y 3 del artículo 2 del Decreto 4107 de 2011 «Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social» dispone:

**Artículo 1°. Objetivos.** El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá como objetivos, dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo.

El Ministerio de Salud y Protección Social dirigirá, orientará, coordinará y evaluará el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales, en lo de su competencia, adicionalmente formulará, establecerá y definirá los lineamientos relacionados con los sistemas de información de la Protección Social.

**Artículo 2°. Funciones.** El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes:

(...)

2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social.

3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades». (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, es muy importante que dentro del trámite legislativo se tengan en cuenta los análisis y consideraciones que el Ministerio de Salud y Protección Social realizó al proyecto de ley y que se encuentran publicadas en la gaceta n.º 70 de 17 de febrero de 2023, resaltándose en especial las siguientes anotaciones:

<sup>1</sup> «Por la cual se crea el Sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

(...)

Para el caso sub examine, debe señalarse que no se trata de una modificación de la Ley 1616 ni de otras disposiciones que como resultado de ese proceso. Desde luego, la frase: "Cuyo propósito es evitar la ocurrencia de trastornos de salud mental, tener claridad de las rutas de acceso a los servicios, acabar con los mitos y visualizar la realidad de muchas familias colombianas", además de quedar suelta no puede considerarse como una intención de la declaración del mes de octubre como mes de la salud mental, sino que ello se produce por derivado del nivel de conciencia que se logra crear durante ese tiempo.

(...)

Sobre el particular, es indudable que la ejecución de la norma parte del conocimiento a profundidad de la misma y de su importancia para solucionar una determinada problemática. En este sentido, una de las estrategias para lograrlo, que es atema al ejercicio de medidas de inspección, vigilancia y control, es su apropiación social a través de medidas conmemorativas entendidas como "fechas simbólicas que tienen su origen en la necesidad de recordar y reflexionar en torno a un evento relevante para el desarrollo social, político, económico y cultural de la humanidad, de un país o de una comunidad en particular". Según lo referido por Eduardo Galeano<sup>7</sup>, la palabra recordar proviene del latín re-cordis que significaba algo así como "volver a pasar por el corazón" y es, esencialmente, lo que se propone con la fecha de conmemoración: lograr que esas normas pasen por el corazón de quienes están obligados a cumplirlas y no sean simplemente un número, un año y se conviertan en algo más vital y necesario.

Si bien son múltiples fechas en un calendario extenso y además existe un día para la salud mental, ello no arredra para que dicho énfasis logre el efecto pretendido tal y como ha ocurrido, de manera positiva, con el Día Mundial sin Tabaco. El efecto que sea un mes puede conducir a un proceso de mayor concientización, como ocurre con la Semana de la Seguridad Social, declarada a través de la Ley 1502 de 2011. Se considera que es relevante visibilizar el cuidado de la salud mental y este tipo de conmemoraciones contribuyen con ese objetivo.

(...)

**2.2. Comentarios específicos**

i. Sobre el artículo 1° se sugiere ajustar la redacción para que el propósito quede asociado al proceso de concientización y como resultado de ese proceso. Desde luego, la frase: "Cuyo propósito es evitar la ocurrencia de trastornos de salud mental, tener claridad de las rutas de acceso a los servicios, acabar con los mitos y visualizar la realidad de muchas familias colombianas", además de quedar suelta no puede considerarse como una intención de la declaración del mes de octubre como mes de la salud mental, sino que ello se produce por derivado del nivel de conciencia que se logra crear durante ese tiempo.

ii. En cuanto al artículo 2°, se considera que corresponde más bien a una justificación de la expedición de la norma, vale decir, un elemento de la exposición de motivos más que un artículo en sí mismo. Adicionalmente, la declaración de la semana de la salud mental ya se realiza en el primer artículo, en donde se podría especificar este tema. Se sugiere eliminar el precepto o, como alternativa, excluir la expresión "en razón que el día 10 de octubre, es el Día Internacional de la Salud Mental".

En ese orden de ideas, Prosperidad Social apoya las observaciones anteriores, en el sentido que los logros que se propone alcanzar el proyecto de ley con la declaración del mes de octubre como mes de la salud mental (evitar la ocurrencia de trastornos mentales, claridad de las rutas de acceso a los servicios, acabar con los mitos y visualizar la realidad), no se alcanzan por esta sola declaración sino por las acciones y procesos de concientización que se lleven a cabo, especial y enfáticamente en este mes, por parte de las entidades directamente comprometidas, esto es, por los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social.

Las entidades que como Prosperidad Social, que no se ocupan directamente del asunto de la salud mental, lo hacen se manera tangencial en los componentes de los diferentes programas y proyectos que en ocasión de sus competencias legales desarrollan, corroborándose lo dicho en las dos secciones anteriores del presente escrito.

**Conclusión**

Una vez realizado el análisis al texto del Proyecto de Ley n.º 236 de 2022 Cámara «por medio del cual se establece el mes de octubre, como el mes de la salud mental en Colombia», se sugiere respetuosamente que se atiendan las observaciones jurídicas realizadas, en cuanto a la naturaleza jurídica, funciones y competencia administrativa del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Así mismo, se tenga presente el concepto técnico emitido por la Oficina Asesora de Planeación, que es parte integral de este documento, en el cual se propone la siguiente redacción para el artículo 3 del proyecto de ley:

**ARTÍCULO 3. Ámbito de Ampliación.** La presente ley es aplicable a todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, en especial la Superintendencia Nacional de Salud, las Empresas Administradoras de Planes de Beneficios, los Prestadoras de Servicios de Salud.

Parágrafo: Los Ministerios y Departamentos Administrativos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público, así como los entes territoriales y sector privado, en el ámbito de competencias, deberán realizar acciones en cumplimiento del artículo primero.

De igual forma, se considera necesario e indispensable que dentro del trámite legislativo se tenga en cuenta las observaciones realizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, en especial las resaltadas en la sección 3 del presente escrito.

CARTA DE COMENTARIOS FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 308 DE 2022 CÁMARA

por medio de la cual se fortalecen las economías populares y comunitarias campesinas.

Header with logo, date (Bogotá D.C., 17 de abril de 2023), recipient (Doctor Juan Camilo Londoño Montoya), QR code, and subject (Observaciones al Proyecto de Ley 308 de 2022C "Por medio de la cual se fortalecen las economías populares y comunitarias campesinas...").

Header with logo, date, recipient, and subject. Includes a table with two columns: 'Artículo radicado en el Congreso' and 'Artículo propuesto/observación', detailing specific legislative changes and suggestions.

Continuation of the letter with detailed observations on articles 5, 7, and 16, and a signature block for Gilberto Toro Giraldo, Director Ejecutivo.

Continuation of the letter with detailed observations on articles 5, 7, and 16, and a signature block for Gilberto Toro Giraldo, Director Ejecutivo.

## CARTA DE COMENTARIOS COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL SOBRE EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 385 DE 2023 CÁMARA DE REPRESENTANTES

*por medio de la cual se adicionan los mecanismos para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa, se incorpora la progresividad en los concursos de méritos, se reconoce la estabilidad laboral reforzada a servidores del Estado en provisionalidad en caegos de carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.*

<p>Bogotá D.C., 16 de junio del 2023</p> <p>Doctor: RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO SECRETARIO GENERAL COMISION SEPTIMA CAMARA DE REPRESENTANTES COMISION.SEPTIMA@CAMARA.GOV.CO</p> <p><b>ASUNTO:</b> CONCEPTO EMITIDO POR LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL SOBRE EL PROYECTO DE LEY No. 385/2023 CÁMARA DE REPRESENTANTES.</p> <p>Respetado Secretario General, reciba un cordial saludo.</p> <p>La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Radicado de entrada Nro. <b>2023RE096451</b> del 05 de mayo de 2023, recibió escrito mediante el cual solicita:</p> <p><i>"Cordialmente me dirijo a usted con el fin de solicitarle respetuosamente, se sirva emitir su concepto relacionado con el Proyecto de Ley No. 385 de 2023 Cámara "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONAN LOS MECANISMOS PARA LA PROVISIÓN DEFINITIVA DE EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA, SE INCORPORA LA PROGRESIVIDAD EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS, SE RECONOCE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A SERVIDORES DEL ESTADO EN PROVISIONALIDAD EN CAEGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" Autor H.R Juan Manuel Cortés Dueñas, H.R José Jaime Uscátegui Pastrana, H.R Hugo Danilo Lozano Pimiento, H.R. Oscar Leonardo Villamizar Méndez, H.R. Julio Roberto Salazar Perdomo, H.R. José Alejandro Martínez Sánchez, H.R. Juan Daniel Peñuela Calvache, H.R. Andrés Felipe Jiménez Vargas, H.R Héctor Mauricio Cuéllar Pinzón; el cual fue radicado en esta Célula Congresional para darle el respectivo trámite legislativo durante la legislatura 2021-2022.</i></p> <p><i>Lo anterior, con el fin de que lo ponentes tengan argumentos suficientes, para rendir el Informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley en mención."</i></p> <p>Al respecto, se informa que la CNSC mediante Radicado de salida Nro. <b>2023RS062981</b> del 11 de mayo del presente año, solicitó plazo adicional teniendo en cuenta la importancia de la temática que versa sobre el proyecto de ley en mención, para adelantar el estudio de fondo del caso con el fin de emitir concepto de este. Ahora bien, se indicó que la Comisión Nacional del Servicio Civil en su máxima instancia, la Sala Plena de Comisionados, revisa y aprueba los conceptos a los proyectos de ley y/o actos legislativos que vayan a ser dirigidos al Congreso de la República.</p> <p>Así mismo, mediante Sala Plena de Comisionados realizada el 13 de junio de 2023, según consta en el Acta No. 049 se decide por unanimidad aprobar el pronunciamiento sobre el Proyecto de Ley 385 DE 2023, como se registra en el Memorando Interno Nro. 2023RI001564 del 14 de junio del presente año.</p>	<p>De conformidad con lo anterior, se procede a dar respuesta en los siguientes términos:</p> <p>En atención a la solicitud de emitir concepto frente al proyecto de Ley que cursa en la Cámara de Representantes, referente a mecanismos para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa, la progresividad en los concursos de méritos, y el reconocimiento de estabilidad laboral reforzada a servidores del estado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, previo a cualquier análisis se considera necesario precisar lo siguiente:</p> <p>El artículo 125 de la Constitución Política<sup>1</sup> señala que, por regla general, los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa y que el ingreso y ascenso, se hará a través de un concurso público de méritos, cuyas reglas y condiciones serán previamente establecidas en la ley. En este sentido, quiso el Constituyente establecer un procedimiento para la selección de servidores públicos que, con base en los principios de libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, objetividad, eficiencia, eficacia, confiabilidad y mérito, sea el candidato más competente, idóneo y capacitado para el ejercicio del cargo, cuyo propósito redunde en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.</p> <p>En concordancia con lo anterior, el artículo 130 superior<sup>2</sup> creó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, como un órgano autónomo e independiente encargado de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, exceptuando las de carácter especial de origen constitucional. Con el fin de cumplir este postulado, la CNSC desarrolla los procesos de selección para proveer los empleos en vacancia definitiva de los sistemas de carrera a los que pertenecen las entidades que administra y vigila, los cuales pretenden evaluar las capacidades de los aspirantes sin distinción del género, raza, filiación política, estado civil o edad y su selección se realiza con base en los mejores desempeños logrados por los participantes en las diferentes etapas y pruebas que lo conforman, bajo criterios y condiciones técnicas previamente definidas.</p> <p>Se observa de manera preliminar que la finalidad del proyecto de Ley presentado por el Honorable Congresista Juan Manuel Cortes está fundamentada en cuatro ejes, tal como se puede observar en la exposición de motivos que nos permitimos citar:</p> <p style="text-align: center;">(…)</p> <p><sup>1</sup> Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.</p> <p>Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.</p> <p>El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.</p> <p>El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.</p> <p><sup>2</sup> Artículo 130 Constitución Política: "Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial."</p> <p>Todo esto debe ser liderado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por mandato del artículo 130 de la Constitución Política. Cualquier circunstancia que rompa estos principios fundantes de la carrera administrativa ataca directamente la carta política.</p> <p>En ese orden de ideas, al haberse incluido la carrera administrativa y el principio de mérito en la Constitución Política de Colombia, las entidades de control, la rama judicial y el legislativo, deben propender por integrar cada una de las decisiones tomadas sobre el asunto y garantizar plenamente el cumplimiento de los principios establecidos en la constitución, la Ley y sus Decretos Reglamentarios.</p> <p>Bajo las consideraciones anteriormente expuestas, nos referiremos al articulado del Proyecto de Ley No. 385/2023C, frente a cada uno de los ejes que propende implementar:</p> <p><b>Artículo 1 del proyecto de ley</b></p> <p><b>Artículo 1°. Modifíquese el artículo 12 del Decreto Ley 268 de 2000, el cual quedara así:</b></p> <p><i>"Artículo 12. Provisión de los empleos de carrera. La provisión de los empleos de carrera se hará previo concurso en dos etapas, la primera de ellas mediante modalidad de ascenso semi abierta, y la segunda concurso abierto, con nombramiento en periodo de prueba."</i></p> <p>El artículo del Decreto que se pretende modificar corresponde a las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República, régimen especial de carrera que escapa a la competencia de la CNSC, al ser establecidos dentro de un sistema en cumplimiento de un expreso mandato Constitucional, razón por la cual se debe aclarar que la competencia y administración estará a cargo del Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República.</p> <p>Se debe aclarar que, en nuestro ordenamiento existen tres tipos de régimen de carrera administrativa:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>I. Sistema General de Carrera Administrativa.</li> <li>II. Sistemas Especiales de Origen Constitucional.</li> <li>III. Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal.</li> </ol> <p>Ahora bien, conviene recalcar que la Carrera Administrativa en Colombia es de origen Constitucional y se define como un sistema técnico de administración de personal, que regula los procesos de selección, evaluación del desempeño, calificación, capacitación, estímulos y retiro de los servidores públicos, busca la profesionalización del talento humano que compone el sector público. Lo anterior, con base en el principio del mérito, siendo este la principal garantía tanto para el ingreso a la carrera como para el ascenso y permanencia, con el fin de fortalecer la lucha contra la corrupción, la transparencia y el buen gobierno del país.</p>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Creación de los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera semiabiertos, en las que se garantiza la participación de todo aquel que acredite las condiciones y requisitos, pero también la participación de las personas que llevan en promedio más de tres años en ejercicio del cargo, con nombramiento en provisionalidad, eliminando el obstáculo de que tenga que acreditar una calificación adicional a su experiencia en el ejercicio del mismo; aunado al reconocimiento dentro de los procesos de selección de un porcentaje dentro de la calificación del desempeño del cargo para los funcionarios que han ejercido los cargos de carrera a ofertar.</li> </ol> <p>De igual forma el proyecto de Ley pretende homologar los derechos de los funcionarios de carrera administrativa adquiridos a través del mérito, a quienes ostentan cargos bajo nombramientos en provisionalidad; esto, cuando propone darle prevalencia a los provisionales para que se inscriban en concursos de ascenso.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. La obligatoriedad de la protección especial de los empleados que se encuentran en estado de vulnerabilidad por tener la calidad de pre pensionados, madres y padres cabeza de hogar, pacientes con enfermedades catastróficas diagnosticadas generando para estos una estabilidad laboral reforzada, impidiendo que los mismos sean apartados del servicio.</li> <li>3. La protección al funcionamiento del servicio público creando el programa de retiro para los cargos públicos, con lo que se garantizara la preservación de la memoria institucional, evitando que se interrumpan los procesos por desconocimiento una vez se retire el funcionario que venía desempeñando dicho cargo; y la posibilidad de poder capacitar de manera eficiente y óptima a quien asuma las funciones.</li> <li>4. La progresividad de los concursos para entidades públicas con un porcentaje superior al 40% de los empleados nombrados en provisionalidad en los cargos de carrera, con el fin de proteger no solo el empleo, sino también la prestación del servicio, toda vez que modifica la planta de personal de una entidad en un porcentaje superior al aquí enunciado conllevaría traumatismo en la prestación de dicho servicio."</li> </ol> <p>Respecto al primer elemento, los cuales se sintetizan en los artículos 1 y 2 del mencionado proyecto de Ley, se observa que se pretende crear una figura de ingreso denominado como semiabierto que se centra en un sector de la población bastante restringido, lo cual va en contravía de los principios y normas constitucionales que rigen a los concursos o procesos de selección, especialmente los principios de igualdad, libre concurrencia, el mérito y la oportunidad.</p> <p>Este asunto tiene varias aristas, el primero de ellos es que siempre que surja una vacante definitiva dentro de la planta personal de una entidad, es deber de estas reportarla a la CNSC para proceder a garantizar a los ciudadanos colombianos el derecho al desempeño de un cargo público a través de un concurso de méritos, en el que las capacidades, cualidades y calidades de los aspirantes, sea el único factor determinante para el ingreso, y ascenso del empleo público, a través del mérito; y en la cual se le brinde a los aspirantes dicha posibilidad en condiciones de igualdad, prohibiéndose de esta forma tratos discriminatorios por motivos de sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, posición económica u otra condición, entre ellas el estar desempeñando mediante nombramiento provisional el empleo por más de tres años, término que, dicho sea de paso, no cuenta con un sustento técnico o jurídico para su determinación. Es así como esta prerrogativa carece de un análisis y exposición de motivos que permita ser considerada.</p>	

<p>El <b>Sistema General de Carrera Administrativa</b> al que hace referencia la Ley 909 de 2004 se aplica a las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva, de los niveles nacional y territorial, centralizadas y descentralizadas y aquellas relacionadas en el artículo 3° de la Ley 909 de 2004.</p> <p>Los <b>Sistemas Especiales de Origen Constitucional</b>, son los que por su naturaleza están sujetos a una reglamentación diferente y corresponden, según la clasificación constitucional, a los regímenes de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Las Universidades Estatales (art. 69CP), Las Fuerzas Militares (art. 217 CP),</li> <li>La Policía Nacional (art. 218 CP),</li> <li>La Fiscalía General de la Nación (art. 253 CP) entidad donde a su vez se encuentra adscrito el Instituto Nacional de Medicina Legal,</li> <li>La Rama Judicial (art. 256-1 CP),</li> <li>La Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 CP),</li> <li>La Contraloría General de la República (art. 268-10 CP) y de la Procuraduría General de la Nación (art. 279 CP)</li> </ul> <p>Los <b>Sistemas Específicos de Origen Legal</b>: Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública de conformidad con el numeral 1 del art 4° de la Ley 909 de 2004.</p> <p>Entre ellos, se encuentran el que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), el que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), el que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, entre otros.</p> <p>En consecuencia, el articulado en mención hace referencia a los sistemas especiales de origen constitucional como se expuso anteriormente, teniendo competencia la Contraloría General de la República para pronunciarse sobre la modalidad semiabierta que propone el Proyecto de Ley.</p> <p>No obstante, la CNSC como entidad de creación Constitucional protectora de la carrera administrativa y del principio de mérito, se permite precisar y recordar que desde la misma Constitución Política<sup>3</sup> se estableció que el acceso a los empleos públicos de carrera se hará en la modalidad de ingreso o de ascenso, disposición que fue fielmente cumplida por la Ley 909 de 2004<sup>4</sup></p> <p><sup>3</sup> Artículo 125. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.</p> <p><sup>4</sup> Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.</p>	<p>y demás normas concordantes y complementarias. Crear por Ley una nueva modalidad de ingreso, de plano, sería una disposición inconstitucional teniendo en cuenta que el trámite del mismo debe ser impartido como un acto legislativo.</p> <p>Esta situación no es novedosa, en el pasado a través del Acto Legislativo N° 01 de 2008 se pretendió adicionar un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución que preveía la inscripción extraordinaria en carrera administrativa y sin previo concurso de servidores nombrados en provisionalidad y en encargo en cargos de carrera. Sobre dicha disposición, la Corte Constitucional a través de Sentencia C-588 del 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en sentencia hito, que incluso tuvo efectos retroactivos, declaró la inexecutable del referido acto, recordando en qué consiste la carrera administrativa, como regla y principio, la cual no puede desconocerse, expresando textualmente lo siguiente:</p> <p>"[...] dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es, un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional (...)"</p> <p>Esa misma sentencia recordó que el mérito es el elemento esencial de los procesos de selección, que la carrera administrativa debe basarse en los concursos de méritos como mecanismo para regular el ingreso o ascenso al empleo público, por lo que establecer algún tipo de ingreso automático o diferenciador, quebrantaría el principio de igualdad.</p> <p>Con base en lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio de forma categórica rechaza los fundamentos y preceptos normativo de esta disposición y sugiere eliminarla del trámite legislativo. Esto, debido a que nos encontramos con una disposición que contraría los criterios orgánicos y materiales establecidos en la Constitución Política, lo que conllevaría inexorablemente en una declaratoria de inconstitucionalidad por parte del máximo órgano constitucional, por una flagrante sustitución de la constitución, específicamente con los postulados y principios contenidos en el artículo 125 y 130, teniendo en cuenta que el mérito deberá ser siempre el elemento fundamental sobre el cual se sustenta el sistema de carrera administrativa, en el que se debe garantizar la igualdad de condiciones, transparencia e imparcialidad con el fin de lograr una selección objetiva de los aspirantes mejor calificados que buscan ocupar un cargo público, suprimir estos principios para modificar la modalidad y conceder una condición más beneficiosa a quien ha venido desempeñando un empleo público en provisionalidad, iría en contra de la funcionalidad del acceso a la carrera administrativa. Esto, sumado a que el trámite que debe impartirse no es el de una Ley ordinaria sino el de un acto legislativo.</p> <p><b>Artículo 2 del proyecto de ley</b></p> <p><b>Artículo 2°. Modifíquese el artículo 29 de la ley 909 de 2004, el cual quedara así:</b></p>
<p><b>"Artículo 29. Concursos.</b> La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección semi-abiertos, ascenso y abiertos, los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en. La que esta delegue o desconcentre la función.</p> <p>En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.</p> <p>Los procesos de selección o concursos semi-abiertos para ingresar a la carrera estarán compuestos en un treinta por ciento (30%) de personal nombrado en provisionalidad en el cargo con vacante definitiva que acredite más de 3 años en el ejercicio de las funciones del cargo o denominación y/o cargo con diferente denominación que tenga funciones similares, experiencia que será equivalente a los requisitos de calificación para asumir el cargo y, en un setenta por ciento (70%) podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.</p> <p>La Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá reconocer dentro de los concursos de méritos para los cargos de carrera administrativa con vacancia definitiva que oferte, un porcentaje dentro de la calificación, para los funcionarios que han ejercido los cargos de carrera administrativa de los que trata el presente artículo indistintamente el tipo de vinculación y, que han sido sujetos a calificaciones constantes respecto del desempeño del cargo y funciones, con calificaciones o desempeño de nivel superior, porcentaje que tendrá que determinar la Comisión respecto del tiempo de servicio.</p> <p>El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.</p> <p>El concurso será de ascenso cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo, o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.</li> <li>Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en las sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con las requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.</li> <li>El número de las servidoras con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.</li> </ol> <p>Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.</p> <p>Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidoras con derechos de carrera por empleo convocado, se le dará prevalencia al servidor público provisional que se encuentra vinculado a la entidad para que, una vez cumpla los requisitos, se inscriba. Agotada esta opción sin obtenerse el número de inscritos, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.</p> <p><b>PARAGRAFO.</b> La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar los concursos de ascenso, semi abierto y abierto regulado en el presente artículo"</p>	<p><b>OBSERVACIÓN:</b></p> <p>En lo que se refiere al artículo segundo del proyecto de ley, este se centra en reglamentar una nueva modalidad de proceso de selección denominada "ascenso semi abierta".</p> <p>Al respecto, en el articulado del proyecto de ley, si bien se hace referencia a la provisión de los empleos de carrera, se mencionan dos etapas, la primera de ellas mediante modalidad de ascenso <u>semi abierta</u>, y la segunda concurso abierto, con nombramiento en periodo de prueba. Lo cual evidencia que la modalidad de ascenso semi abierta, es una modalidad preferente para un solo grupo poblacional (servidores en provisionalidad), lo cual va en contra vía de los principios de acceso al empleo público como lo es la igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.</p> <p>Sea lo primero mencionar que el objeto del Proyecto de Ley planteado busca adicionar mecanismos para la provisión definitiva de empleos de carrera administrativa y la <u>protección especial de la estabilidad reforzada a servidores del Estado en provisionalidad</u> en cargo de carrera administrativa <u>que se encuentren en estado de debilidad manifiesta</u>.</p> <p>Justifica el proyecto en la "la necesidad de generar condiciones que garanticen los derechos fundamentales que implica el acceso al trabajo y los que dé él se desprenden, la seguridad alimentaria básica del núcleo familiar, para el caso particular de los empleados que se encuentran en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, quienes cuentan con una <u>estabilidad laboral relativa</u>" y además "(...) debido a necesidad de proteger el servicio público y fortalecer las entidades públicas con el conocimiento que se adquiere al mantener por más de 3 años a un provisional vinculado a las entidades y desecharlo sin la posibilidad de tener un ascenso en concurso semi abierto o sin tener la posibilidad de un encargo; aun teniendo la experticia". (Subrayado fuera del texto).</p> <p>Al respecto resulta pertinente considerar, lo que la Corte Constitucional ha manifestado sobre la estabilidad laboral relativa de los empleados vinculados a cargo de carrera administrativa en provisionalidad. En Sentencia T-963 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, manifestó que:</p> <p>"(...)".</p> <p>Al respecto, reiterada jurisprudencia de esta alta corte ha planteado desde antaño que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad". No es admisible, entonces, aproximar en este sentido los cargos de libre nombramiento y remoción y de los de provisionalidad, toda vez que los primeros, en contraste con los segundos, detentan una estabilidad laboral precaria, mientras que los segundos disfrutan de estabilidad laboral intermedia y se sustentan a todas las justas causas para el retiro en la carrera administrativa, a lo que se suma el nombramiento en</p> <p><sup>5</sup> Sentencia T-800 de 1998.</p>

propiedad de quien gane el respectivo concurso de méritos<sup>8</sup>. Tal acto, no debe olvidarse, debe contener razones suficientes y conducentes en este sentido<sup>9</sup>.

En últimas, los trabajadores que ocupan cargos en provisionalidad gozan de un fuero de estabilidad intermedia<sup>8</sup>, de acuerdo con el cual a más de las causales enunciadas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 sería aplicable la que autorice el retiro de quien ocupa un cargo en provisionalidad cuando el reemplazo se debe al nombramiento en propiedad de quien hubiese superado el concurso dispuesto para el efecto, justamente porque el mérito orienta el ingreso a la carrera administrativa y el concurso se erige en el mecanismo apropiado para materializar ese mandato. Ello requiere, además, la debida motivación del acto en el que se dispone la desvinculación con base en alguna de las causales referidas...<sup>9</sup>.

38. La Sala concluye a partir del análisis efectuado que la medida transitoria acusada es una medida justificada al tenor de la validez del fin que se persigue. Esto, por cuanto al legislador le está permitido dentro de un marco de respeto de los principios constitucionales, determinar normas de transición cuando establece una nueva estructura en una institución. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que los cargos del demandante carecen de sustento, por lo que la disposición acusada será mantenida en el ordenamiento". (Subrayado fuera del texto).

Asimismo, en Sentencia SU-556 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, señaló:

3.6.1. Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

(...)

3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

(...)

3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha

convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> De acuerdo con los artículos 130 de la Constitución Política y 7<sup>o</sup> de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo responsable de la administración y vigilancia de las carreras generales y la protección del sistema de mérito en el empleo público. En razón a ello, una de sus funciones es, de conformidad con el literal c) del artículo 11 de la ley en comento, "elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento".

<sup>9</sup> Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-031 y T-1323 de 2005.

<sup>8</sup> Sentencia T-1011 de 2003.

sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

(...)

3.6.3.8. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveer por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación. (Subrayado fuera del texto).

En ese sentido, la justificación esbozada dirigida a sustentar el nuevo concurso semibruto con base en la estabilidad laboral relativa del provisional no tiene asidero constitucional o jurídico, dado que el propósito de la estabilidad relativa es garantizar al provisional su permanencia temporal y excepcional en el cargo de carrera administrativa, durante el tiempo en el que no exista justa causa para su retiro, y los concursos de mérito obedecen a otro propósito también constitucionalmente legítimo pero distinto sobre el que se edifica la protección individualizada de la estabilidad relativa mencionada en la justificación del Proyecto de Ley antes transcrita.

Sobre el particular hemos de recordar que la Corte Constitucional en un robusto conjunto de sentencias, ha decantado los alcances de los principios del mérito, la igualdad, la libre concurrencia, la carrera administrativa y el marco y propósitos de los concursos de méritos para proveer los empleos vacantes de carrera administrativa.

Frete a los principios en mención, en varias sentencias la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

En Sentencia C-077 de 2021, la Corte consideró lo siguiente:

53. A partir de tales contenidos, es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera, sistema técnico de administración del componente humano<sup>10</sup>, como un mecanismo general de vinculación, en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servidor, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución<sup>10</sup>, y, en todo caso, con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta Política.

<sup>9</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-356 de 1994, M.P. Fabio Morán Díaz y C-250 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>10</sup> Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: // 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (...)."

54. Entre aquellos aspectos reservados a la configuración legislativa está la estipulación de los requisitos y condiciones para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes al ingreso y ascenso a los cargos de carrera. (Subrayado fuera del texto).

Sobre la configuración legislativa de los requisitos y condiciones para determinar el mérito, cabe precisar que la Corte en Sentencia C-110 de 1999, señaló:

2.3. El art. 125 de la Constitución distingue claramente entre el ingreso al servicio público y el ascenso, aunque siempre bajo la idea del mérito de los aspirantes que se examina y evalúa a través del concurso. Es así como la referida norma en uno de sus apartes expresa que el ingreso y el ascenso se sujetan al cumplimiento de las normas expedidas por el legislador que señalan los requisitos y condiciones bajo las cuales se determinan los méritos y calidades de los aspirantes. En tales circunstancias corresponde al legislador, dentro de la competencia y la libertad política de que es titular para configurar la norma jurídica y atendiendo a las finalidades constitucionales que se persiguen con la carrera administrativa, señalar las reglas que han de observarse para calificar objetivamente los referidos méritos y calidades.

La Constitución exige el concurso público para la designación de funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley; en el concurso, como se dijo antes, se miden la capacidad e idoneidad de los aspirantes. No regula la Constitución, los tipos de concurso que han de utilizarse para el ingreso de personal al servicio o el ascenso de los funcionarios, razón por la cual, ésta es una materia asignada al legislador, que debe ser objeto de desarrollo dentro de los criterios de razonabilidad y racionalidad y observando no sólo los principios y valores, sino las finalidades constitucionales que el Constituyente tuvo en mente al instituir la carrera administrativa.

2.4. No obstante, la Corte ha señalado<sup>11</sup> que cuando el Congreso reglamenta las condiciones de acceso o ingreso a la función pública tiene "un margen de apreciación y de regulación que tan sólo está limitado por los derechos y principios que ésta protege". En tal virtud, el legislador al configurar la norma goza de cierto margen de discrecionalidad, en el sentido de que puede determinar, mientras no altera la esencia constitucional de la carrera, qué es el mérito, qué aspectos relativos a la capacidad e idoneidad de los aspirantes, según las necesidades propias del servicio administrativo, se resalten o se juzgan prioritarios. (Subrayado fuera del texto).

En concordancia con lo anterior, la Corte en Sentencia C-102 de 2022, se refirió al mérito y la carrera administrativa así:

72. Por lo anterior, la carrera adquiere relevancia en el Estado colombiano desde tres criterios:

(i) El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de "amiguismo" o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes.

(ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes.

(iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el

principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento.<sup>12</sup>

73. En efecto, el Estado Social de Derecho se construye a partir de la conjunción de principios, valores y fines constitucionales que le dan identidad y permiten su realización. Uno de ellos es el principio del mérito para el ejercicio de las funciones públicas, considerando que "el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública", y, por consiguiente, esta forma de Estado nace con la provisión de los empleos públicos a partir de "factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo."<sup>13</sup>

74. A la luz de lo anterior, esta Corporación ha reiterado el carácter instrumental que ostenta la carrera administrativa como expresión del mérito, regla general del acceso a cargos públicos y sistema técnico de administración del talento humano, para (i) la consecución de finalidades institucionales y, además, para (ii) la garantía de derechos fundamentales.<sup>14</sup>

75. En cuanto a lo primero, la pretensión de que el Estado se vinculen, a partir de la prevalencia del mérito, aquellos miembros de la sociedad poseedores de altas competencias, relacionadas con aspectos objetivos - como el conocimiento y la experiencia- y subjetivos<sup>15</sup> - como la calidad personal y la idoneidad ética-, se vincula necesariamente a la idea de que el Estado tiene una misión constitucional superior, referida al compromiso por la garantía de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este sentido, la carrera contribuye a que el Estado sea eficaz, eficiente y ejerza sus quehaceres en atención a pautas de moralidad, imparcialidad y transparencia.<sup>16</sup>

76. La eficacia ha sido entendida como expresión de una cualidad de la acción administrativa en beneficio de la satisfacción de los cometidos, de diversa índole, que justifican la existencia misma del Estado; y, la eficiencia, comprendida como la maximización del cumplimiento de los objetivos estatales a través de las medidas adecuadas.<sup>17</sup> En cuanto a la moralidad, imparcialidad y transparencia también es evidente su vínculo con la carrera administrativa, en razón a que el mérito como sustento de la vinculación de personas al Estado constituye un criterio que, además de tener la potencialidad de ser valorado con objetividad, determina que quienes están mejor calificados accedan al empleo público, alejando de la selección factores discriminatorios u odiosos que por supuesto no repercuten en la satisfacción adecuada de los cometidos estatales.

77. Además de lo anterior, se ha destacado que la carrera incide de manera definitiva en derechos fundamentales tales como la participación en el ejercicio del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, artículo 40.7 de la CP.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Sentencia C-034 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretell Chaljub, SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sánchez Méndez. Cita original con pies de página.

<sup>13</sup> Sentencia C-503 de 2020, M.P. Alejandro Linarex Cantillo. Cita original con pies de página.

<sup>14</sup> Sentencia C-173 de 2021, MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibañez Najjar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger. SPV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos.

<sup>15</sup> Valorados en todo caso de manera objetiva y con fundamento en reglas claras y previamente establecidas. En el mismo sentido ver la reciente Sentencia C-084 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>16</sup> Al respecto ver las sentencias C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-250 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>17</sup> En la Sentencia C-826 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que reiteró la Sentencia T-321 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se afirmó que: "En síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación "...al cumplimiento de las determinaciones de la administración" y la eficiencia a "...la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos". En la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morán Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), se afirmó "En este aspecto, la armonización de los dos principios analizados -la eficiencia y la eficacia de la función pública- con la protección de los derechos que corresponden a los servidores estatales resulta de una carrera administrativa diseñada y aplicada técnicamente y jurídicamente, en la cual se contemplan los criterios con arreglo a los cuales sea precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determine el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución. Estos aspectos, en una auténtica carrera administrativa, deben guardar siempre directa proporción con el mérito demostrado objetiva y justamente. // Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho."

<sup>18</sup> Sentencia C-1263 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-250 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>11</sup> Sentencia C-063/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores, como la estabilidad, la capacitación profesional, entre otros. Finalmente, y de manera especial, también se ha llamado la atención sobre la vinculación de la carrera con el derecho a la igualdad, en el trato y en las oportunidades.

En cuanto a los principios de libre concurrencia e igualdad en los concursos de méritos, el mérito constituye un parámetro para estos, tal como se advierte de la Sentencia C-503 de 2020, al señalar que:

72. El derecho a acceder a los empleos públicos o al desempeño de funciones públicas materializa el principio constitucional de igualdad en varias dimensiones[60]: (i) trato conforme a las condiciones de igualdad o trato congruente, es decir, igualdad de trato, para personas que se encuentren en situación equivalente y trato diverso para personas que se encuentren en situación distinta; así como (ii) igualdad de oportunidades, con la necesaria previsión de condiciones propicias para que la igualdad sea real o material. Ahora bien, como cualquier otra materialización del principio de igualdad, la que se predica del acceso a empleos y funciones públicas implica un análisis relacional a partir de criterios compatibles con el mismo, que determinen cuál es el trato constitucional y, en concreto, la asignación de beneficios o la imposición de cargas[61]. Así, en tratándose de la igualdad para el acceso a empleos y funciones públicas, el criterio determinante del trato, sea paritario o diverso, consiste en el mérito de quien aspire al empleo o a la función[62] el que, en el artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se refiere a entender que "todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos".

73. Es en aplicación del mérito como parámetro o referente de igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas, que resulta reprochable que el Legislador acuda a criterios no destinados a determinar las capacidades del aspirante, tales como su edad[63] o, incluso, no haberse presentado en un concurso anterior, sin haber resultado elegido[64]. Igualmente, es en razón del mérito, que la jurisprudencia de este tribunal ha considerado que profirir un trato igual o paritario a quienes tengan méritos diferentes es una violación caracterizada del principio de igualdad[65]. Igualmente, se encontró constitucional, frente al derecho a la igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas y en nombre del principio del mérito, que el Legislador excluya a los empleados en provisionalidad, de los beneficios reconocidos a los empleados insintos a la carrera[66]. "¿L... Aunque el principio del mérito no se reserva a la carrera, como quedó establecido en la presente decisión, este sistema de administración de personal materializa profundamente el principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos[67]

19 "De allí que con suficiente razón se exija siempre que el derecho a la igualdad, en cualquier hipótesis, deba tener un referente determinante, una característica relevante, una regla cardinal para la distribución de beneficios y cargas (...) Por consiguiente, siempre que se hable de igualdad, la pregunta obligada es: ¿igualdad con referencia a qué?"; sentencia C-963 de 2003.

20 "El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales"; sentencia C-481 de 1998. ("... el principio del mérito exige que el procedimiento de selección sea abierto y democrático, de manera que los ciudadanos pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de la estructura burocrática, partiendo para ello de un análisis objetivo de la hoja de vida, de sus estudios, experiencia y calidades en general, con lo cual se impiden tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público"; sentencia C-645/17; "el mérito de los aspirantes, criterio que garantiza el respeto por la igualdad, la calidad de la administración y la objetividad de la selección"; sentencia C-127 de 2018, sentencia C-001 de 2006.

21 "La Corte estima que la edad de treinta (30) años no es un hecho relevante que justifique razonablemente discriminar a un sector de la población colombiana para ingresar a la carrera diplomática y consular"; C-071 de 1993.

22 Corte Constitucional, sentencia C-097 de 2019.

23 "Por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y si la justicia, como lo postularon lo clásicos, consiste en dar a cada cual lo que se merece, evidentemente, el desconocer así sea parcialmente los mayores conocimientos o habilidades del aspirante a ocupar un cargo no realiza el objeto de este valor, afectando también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad"; sentencia C-1122 de 2005.

24 Corte Constitucional sentencias C-564 de 2001 y C-431 de 2010.

25 "Otro de los objetivos de la carrera es preservar y mantener en vigencia los derechos fundamentales de los individuos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y ejercer su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades de manera estable y conluciendo con la opción de poder ascender de acuerdo a los resultados que haya demostrado al cumplir las funciones de su cargo (CF, arts. 2o., 4o., 13, 25, 40, y 53); sentencia C-035 de 2015.

constituye un medio adecuado y proporcionado para estimular la eficiencia de los servidores públicos y garantizar la idoneidad de quienes ocupan los distintos cargos?

16. Para responder a este interrogante, la Corte considera necesario distinguir con nitidez entre la evaluación del desempeño de un funcionario en su respectivo cargo y el concurso de méritos que se establece para proveer de manera definitiva un empleo. Así, la evaluación pretende determinar si una persona se desempeña adecuadamente en el cargo que le ha sido asignado. En cambio, el concurso de méritos no califica el actual desempeño de una persona sino que está orientado exclusivamente "a evaluar los méritos y las capacidades reales de los aspirantes, atendiendo siempre a las funciones específicas del cargo a proveer" (Subrayas no originales)[68]. Existe pues una diferencia clara entre los dos sistemas puesto que ambos evalúan cosas distintas, por lo cual es problemático que la ley presuma que quien ha sido calificado como el mejor en un determinado nivel es obligatoriamente el más idóneo para ocupar un cargo en un nivel superior. En efecto, es muy posible que un empleado sea el mejor en su nivel respectivo y reúna también los requisitos mínimos para acceder a un empleo superior, pero también es posible que existan muchas otras personas que sean más idóneas que él, para ocupar el nuevo cargo. Esto deriva de un hecho obvio pero que fue ignorado por los redactores de la norma y por quienes defienden su constitucionalidad, que es el siguiente: el establecimiento de distintos niveles y categorías en la administración pública no es caprichoso sino que responde a principios elementales de la dinámica de las organizaciones, a saber, que las personas tienen diversas capacidades para ejercer adecuadamente diferentes funciones. Por ende, alguien puede ser el mejor en una determinada función pero eso no significa que esa persona sea obligatoriamente la más adecuada para ejercer un empleo de superior jerarquía. Incluso si cumple con los requisitos mínimos de tal cargo, por cuanto las aptitudes que le permitan desempeñarse adecuadamente en el nivel que actualmente ocupa, pueden no ser relevantes ni útiles para ejercer la nueva labor. Así, por utilizar un ejemplo ilustrativo, un empleado puede ser el mejor notificador, pero eso no significa que sea la persona más indicada para acceder al cargo de sustanciado o secretario de un despacho judicial. Precisamente por ello la Corte ha señalado que los concursos de méritos deben estar diseñados de tal manera que la elección se fundamente "en factores técnicos y objetivos, directamente proporcionados a las exigencias del cargo objeto de concurso" (subrayas no originales)[69], ya que sólo de esa manera se puede suponer que el funcionario seleccionado será verdaderamente el más idóneo para ejercer la función. (Resaltado fuera del texto).

En relación con la carrera administrativa y su importancia en el Estado, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes providencias, entre ellas en la Sentencia C-588 de 2009, en la cual se pronunció respecto a la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, referente a la inscripción extraordinaria en la carrera de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional, en la que señaló:

"La Corte Constitucional ha afirmado, con base en las previsiones constitucionales, que la carrera administrativa, en cuanto instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del elemento humano en la función pública es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior glosada, y su aplicación como mecanismo para el acceso al empleo público, tiene plena justificación. Asimismo, dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es, un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológica jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales, y en el caso presente, la carrera administrativa no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al

26 Sentencia T-315 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico N.º 9. En el mismo sentido ver sentencia SU-133 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

27 Sentencia T-315 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico N.º 9.

...ya que uno de sus objetivos es justamente preservar y mantener vigentes los derechos fundamentales de los individuos aspirantes y vinculados al sistema, particularmente los de ejercer su derecho al trabajo de manera estable y en igualdad de condiciones y oportunidades. Por consiguiente, en el sistema de carrera, desde el ingreso, hasta la desvinculación, todas las decisiones respecto de las personas inscritas únicamente pueden determinarse por razones derivadas del mérito y determinadas por él. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de características que deben reunir las convocatorias y concursos para ser compatibles con el principio del mérito, relativas a su generalidad[70], objetividad y razonabilidad[71], y a la no inclusión de criterios de evaluación que otorguen ventajas injustificadas a ciertos sujetos, tales como la evaluación de la experiencia específica en el cargo, para aventajar a quienes se han desempeñado provisionalmente en el mismo y que no fueron seleccionados mediante un concurso de méritos[72]. (Subrayado fuera del texto).

En línea con lo anterior, cabe destacar la posibilidad de concursos de ascenso cerrados, en los que evidentemente se beneficia a un grupo de personas (servidores públicos con derechos de carrera administrativa), la Corte ha defendido su constitucionalidad tal como lo vemos en la Sentencia C-486 de 2000:

"Resulta justo, en criterio de la Corte, que, para los ascensos, la ley se refiera únicamente a aquellos empleados que están en carrera administrativa, como una forma de proteger precisamente a las personas que ya se sometieron al proceso de selección. Una regla absoluta, de apertura invariable en cualquier concurso y siempre -como lo pretende el actor- podría afectar a los empleados actuales en su igualdad, si se permitiera que para el ascenso a un cargo de carrera desapareciera por completo el reconocimiento de que ellos ya han sido aprobados y evaluados en el servicio, dando lugar, en toda ocasión y sin límites, a la escogencia de quienes, en cuanto son ajenos a estos antecedentes, están en otras condiciones. Ello podría hacer imposible el ascenso como forma de estímulo por el mérito demostrado."

Sobre el mérito en el ascenso cabe, destacar también la siguiente Sentencia C-539 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se manifestó lo siguiente:

15. La Corte comparte igualmente con estos intervinientes la idea de que en principio la norma acusada establece una diferenciación basada en el criterio esencial que gobierna la carrera, a saber el mérito, puesto que confiere un beneficio a aquellas personas que han sido seleccionadas como mejores empleados de una entidad, en un determinado nivel administrativo. Por ende, la diferenciación parece ser adecuada a las finalidades propias de la carrera administrativa. Sin embargo, el interrogante obvio que surge es el siguiente: ¿la automática promoción del mejor empleado de un determinado nivel a un empleo de superior jerarquía

28 "Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca"; sentencia C-481 de 1998.

29 "Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca"; sentencia C-371 de 2000.

20 Corte Constitucional, sentencias C-733 de 2005, C-1263 de 2005 y C-049 de 2006.

respeto del principio de igualdad, todo lo cual demuestra que en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991." (Marcccación intencional)

(...)

De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo." (Marcccación intencional)

En este sentido y como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, la carrera administrativa y el mérito como principios constitucionales, son un elemento que garantiza el cumplimiento de los fines del Estado, el derecho de acceso a empleos públicos, el principio constitucional de igualdad, entre otras prerrogativas constitucionales y legales, motivo por el cual un concurso en el que solo se permita la participación de quienes desempeñan los empleos mediante nombramiento provisional, es una medida que transgrede tales preceptos constitucionales.

Habiendo suficiente ilustración sobre los principios de la carrera administrativa, esta Comisión Nacional considera que, los funcionarios que se encuentran en provisionalidad deben participar en igualdad de condiciones frente a los demás ciudadanos que cumplan con los requisitos y condiciones para desempeñar un empleo público, pues su condición de servidores con estabilidad relativa, no los exime del cumplimiento del mandato constitucional del mérito, es decir, un concurso de méritos que establezca ciertas reglas especiales para favorecer a esta población no resulta en nada razonable ni proporcional por lo siguiente:

(i) busca una finalidad constitucionalmente importante, (ii) constituye un medio efectivamente conducente para la consecución de la finalidad y (iii) no genera una desproporción evidente en el balance de intereses involucrados.

i. La finalidad del concurso semi abierto es la de establecer una participación excluyente al resto de la ciudadanía para los provisionales de la entidad, lo cual si bien en principio puede llevar a la protección de un grupo poblacional, no garantiza plenamente los fines del mérito, la igualdad, la libre concurrencia y la carrera

<p>administrativa en tanto que, tal como se manifestó en la citadas sentencias, la igualdad a la luz del mérito propugna por la escogencia de los mejores, situación que se reduce con la propuesta normativa en tanto que los mejores del grupo de provisionales de ninguna manera garantiza la escogencia de los mejores entre toda una población como la ciudadanía colombiana, quienes gozan del mismo derecho constitucional de acceder a cargos públicos.</p> <p>ii. Teniendo en cuenta la justificación de la Ley, si bien la norma privilegia a la población de provisionales, no conduce efectivamente a garantizar la estabilidad laboral de los provisionales en tanto que, en todo caso, en el proceso de oposición o concurso habrá ganadores y perdedores, aunado al hecho de que, tampoco garantiza los caros principios constitucionales de la carrera administrativa como ya se dijo.</p> <p>iii. Resulta evidentemente desproporcionada la medida de un concurso semi abierto para provisionales frente a los derechos de todos los ciudadanos colombianos, tornándose en un privilegio injustificado al conceder un concurso cerrado exclusivo para quienes no han llegado por méritos al cargo que desempeñan, lo cual resulta evidentemente violatorio del derecho a la igualdad, la libre concurrencia, el acceso a cargos públicos, y los principios de mérito y de la carrera administrativa.</p> <p>En concordancia, el mérito constituye un eje fundamental sobre el cual se funda el sistema de carrera administrativa, y se puede catalogar como el procedimiento idóneo por el cual se garantiza la igualdad de condiciones, transparencia e imparcialidad que tiene como finalidad, lograr una selección objetiva de los aspirantes mejor calificados que buscan ocupar un cargo público, suprimir estos principios para modificar la modalidad y conceder una condición más beneficiosa iría en contra de la funcionalidad del acceso a la carrera administrativa.</p> <p>Al igual que lo señalado respecto al artículo precedente, resulta inconstitucional establecer condiciones especiales para el ingreso a la carrera administrativa dirigido a aquellas personas vinculadas en provisionalidad.</p> <p>Como quedó señalado en la Sentencia C- 588 de 2009, así se trate del régimen general o de los regímenes especiales o específicos, la carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, "...dentro de las que se cuentan el reclutamiento de un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública<sup>64</sup>, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiren a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines".</p>	<p>La misma Corte Constitucional en Sentencia C-249 de 2012, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2011, por medio del cual se establecieron condiciones diferenciales en los concursos para las personas vinculadas en provisionalidad, señaló:</p> <p>"6.1.8. Como quedó dicho en la Sentencia C- 588 de 2009 se especificó que así se trate del régimen general o de los regímenes especiales o específicos, la carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, "...dentro de las que se cuentan el reclutamiento de un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública<sup>64</sup>, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiren a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines"<sup>65</sup>.</p> <p>6.1.9. Del mismo modo se dijo en dicha sentencia que la Constitución de 1991 ha reconocido el principio constitucional de carrera administrativa y que dicho principio se encuentra contenido en artículos constitucionales como el 125<sup>o</sup>, el 209<sup>o</sup>, el 130<sup>o</sup> y el numeral 10<sup>o</sup> del artículo 268<sup>o</sup>. En el mismo sentido se dijo que dicho principio se constituye en un elemento transversal que estructura y caracteriza a la Constitución de 1991 como un elemento axial y definitorio. Por otra parte hay que tener en cuenta que en la jurisprudencia constitucional se ha puntualizado que existe "una relación intrínseca" entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales, ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"<sup>66</sup>.</p> <p>6.1.10. Por otra parte, como se dijo en la misma Sentencia, existe una relación intrínseca entre la carrera administrativa y la preservación y vigencia de algunos derechos de las personas como el consagrado en el numeral 7<sup>o</sup> del artículo 40 de la C.P. que permite el desempeño de funciones y cargos públicos accediéndose el ciudadano a las reglas del concurso público con sujeción a los méritos y calidades propios<sup>67</sup>.</p> <p>6.1.11. Igualmente se ha tenido en cuenta dicho principio estructural para indicar que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores pues, "las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos "derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado"<sup>68</sup>, en la medida en que ejercitan su derecho al trabajo, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo"<sup>69</sup> y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como "los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados"<sup>70</sup>.</p> <p>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 igualdad de condiciones. Como se estableció en la Sentencia C-126 de 2002<sup>71</sup>, "no 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".</p> <p>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 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 originan "barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales".</p> <p>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 impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación</p>
<p><b>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 una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma"</b><sup>72</sup>.</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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, <b>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.</b></p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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. <b>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.</b></p> <p>(...)</p>	<p>6.2.7. En conclusión sobre este punto la Corte estima que con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No 4 de 2011 se presenta la violación de los postulados del "test de la eficacia", ya que se está presentando una reforma temporal de carácter ad-hoc o particular que beneficiaría de manera injustificada a un grupo de personas, los empleados en provisionalidad o en encargo, a quienes se les otorga un puntaje adicional que homologarán para el concurso. Al mismo tiempo comprueba la Corte que se estaría presentando una reforma que tácitamente anularía de manera temporal artículos constitucionales como los artículos 125, 209, 130 y numeral décimo del artículo 268 de la C.P. en donde se encuentra reflejado el principio estructural de la carrera administrativa, del concurso, del mérito y de la igualdad. Finalmente se constata que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 el Congreso de la República quebrantó un principio axial de la Constitución, sustituyéndolo temporalmente por uno integralmente diferente, con el único propósito de imponer una decisión particular que desnaturaliza el poder de reforma constitucional dando lugar a una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Constitución de 1991<sup>73</sup> que produce un fraude a la Constitución."</p> <p>En este sentido y tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, cualquier medida que implique desconocer la carrera administrativa, el principio de mérito, y los demás principios y derechos constitucionales como el de igualdad, el de acceso al desempeño de cargos públicos, entre otros, resulta abiertamente inconstitucional.</p> <p>Así las cosas, el proyecto de artículo sometido a la conceptualización de esta Comisión Nacional en su inciso primero, quebranta no solo el principio de carrera y de mérito, sino que impone unas distinciones injustificadas y desproporcionadas a favor de personas vinculadas mediante nombramiento provisional.</p> <p>Ahora, respecto al inciso segundo, que dispone la posibilidad de que la CNSC en sus concursos deba reconocer un porcentaje en la calificación a las personas que desempeñen los empleos ofertados, reproduce el sentido de lo reglado en el Acto Legislativo 04 de 2011, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia y por las razones transcritas, lo cual viola la prohibición de reproducir el contenido de un acto jurídico declarado inexecutable, de conformidad con lo señalado en el artículo 243 de la Constitución Política que dispone:</p> <p>"<b>ARTÍCULO 243.</b> Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.</p> <p><b>Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.</b>" (Marcarción intencional)</p> <p><b>Artículo 3 del proyecto de Ley</b></p> <p><b>Artículo 3<sup>o</sup>.</b> La Comisión Nacional del Servicio Civil en compañía de la entidad pública que requiera dar inicio a concurso de méritos, en cualquiera de sus modalidades, ascenso, semi abierto o abierto, para satisfacer la vacancia definitiva en las cargos, deberán hacerlo de manera de gradual, teniendo en cuenta la urgencia del servicio, para las entidades cuyos cargos se encuentren en vacancia definitiva en un porcentaje igual o superior al cuarenta por ciento (40%) de la planta de personal, dando prioridad a las vacantes sin proveer en la entidad.</p> <p>La gradualidad de los concursos de méritos se aplicará respecto de los cargos en carrera ofertados, en porcentajes de hasta el veinticinco por ciento (25%), de la vacancia definitiva en los cargos de carrera administrativa con una diferencia no inferior a dos años entre cada concurso, hasta lograr llegar a cubrir la totalidad de los cargos con vacancia definitiva de los cargos de carrera administrativa de la entidad.</p>

Respecto a la gradualidad de los concursos de méritos para entidades públicas cuando se tenga un porcentaje igual o superior al 40% de lo empleos en vacancia definitiva de la planta de personal, y de este porcentaje el 25% ofertarse en un concurso, y así sucesivamente mínimo cada dos (2) años, no es otra cosa que dificultar el avance de la meritocracia y provisión definitiva de los empleos evitando la estabilidad laboral y demás derechos de la carrera administrativa, desconociéndose nuevamente el principio del mérito.

En el mismo sentido, se prescinde de un elemento fundamental, al pretender involucrar a la Comisión Nacional de Servicio Civil, en el desarrollo de procesos de selección de manera parcial, cuando el mandato constitucional y legal dispone que son las entidades las que deben reportar la totalidad de las vacantes definitivas, es así que no se le puede atribuir esa responsabilidad, debido a que esta no administra ni coadministra las plantas de personal, de igual forma, el proyecto de ley deja al margen otras modalidades de provisión de empleos previstas por ley, tales como el uso de lista, encargos, incorporación, reincorporación, teniendo siempre como eje fundamental el acceso y estabilidad de la carrera administrativa a través del principio de mérito.

En el mismo sentido, la CNSC no tiene competencia en el manejo de plantas de personal, ni en lo relacionado con Manuales de Funciones tal como lo establece el artículo 15 de la ley 909 de 2004, que prevé:

1. Las unidades de personal o quienes hagan sus veces, de los organismos y entidades a quienes se les aplica la presente ley, son la estructura básica de la gestión de los recursos humanos en la administración pública.
2. Serán funciones específicas de estas unidades de personal, las siguientes:
  - c) Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con las normas vigentes, para lo cual podrán contar con la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, o de firmas especializadas o profesionales en administración pública;
  - d) Determinar los perfiles de los empleos que deberán ser provistos mediante proceso de selección por méritos.

Ahora bien, para tener claro lo referente a los MEFCL, conforme al Decreto 1083 de 2015, prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.6.1 Expedición. Los organismos y entidades a los cuales se refiere el presente Título expedirán el manual específico de funciones y de competencias laborales describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio.

La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente Título.

Corresponde a la unidad de personal, o a la que haga sus veces, en cada organismo o entidad, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de competencias laborales y velar por el cumplimiento de las disposiciones aquí previstas.

(...)

PARÁGRAFO 3. En el marco de lo señalado en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las entidades deberán publicar, por el término

señalado en su reglamentación, las modificaciones o actualizaciones al manual específico de funciones y de competencias laborales. La administración, previo a la expedición del acto administrativo lo socializará con las organizaciones sindicales. Lo anterior sin perjuicio de la autonomía del jefe del organismo para adoptarlo, actualizarlo o modificarlo. (Subrayado fuera del texto original).

De igual forma es importante resaltar que la provisión de empleos a través del mérito debe ceñirse al cumplimiento de varios principios, entre estos la planeación, fase en la que las entidades participan de forma armónica en conjunto con la CNSC, en el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de selección, desde la perspectiva legal, financiera, organizacional y técnica, por lo que las entidades deben dejar constancia de este análisis en los documentos que integran la planeación y proyección de los concursos, entre ellos está el deber de registrar la totalidad de empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva en la OPEC dentro del término legal establecido.

Aunado a ello, no puede perderse de vista que los empleos que no hicieron parte del proceso de selección por haberse generado la vacante definitiva con posterioridad a su apertura, deberán ser provistos siguiendo el orden de que trata el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015., entre ellos el uso de las listas de elegibles conformadas para empleos iguales o similares, siendo posible y de forma excepcional su provisión temporal preferentemente mediante encargo y residualmente a través de nombramiento en provisionalidad, sin que esta condición de provisionalidad deba permanecer en el tiempo, desconociendo lo establecido en el artículo 2.2.5.3.4 y subsiguientes del mismo decreto.

De igual forma el porcentaje gradual establecido por la urgencia del servicio depende de cada entidad y la planta de personal que tiene asignada con vacantes en provisionalidad, el mismo decreto establece:

“ARTÍCULO 2.2.1.4.1. Actualización de plantas de empleo. Las entidades y organismos de la Administración Pública, con el objeto de mantener actualizadas sus plantas de personal, deberán adelantar las siguientes acciones mínimo cada dos años:

(...)

f. Determinar los empleos que se encuentran en vacancia definitiva y transitoria, así como aquellos provistos a través de nombramiento provisional.”

En la misma línea establece el Decreto 1083 de 2015:

“ARTÍCULO 2.2.5.2.1 Vacancia definitiva. El empleo queda vacante definitivamente, en los siguientes casos:

1. Por renuncia reglamentamente aceptada.
2. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
3. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.
4. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional”

En consecuencia, la atención de prioridad de las vacantes obedece a un mecanismo excepcional y transitorio, con una denominación temporal que solo puede hacerse de forma gradual al estar bajo el seguimiento de actualización de la planta de personal y determinación de dichas vacantes en cada entidad.

En el mismo sentido, por mandato del Decreto 1083 de 2015, es deber de las entidades:

“(…) f. Determinar los empleos que se encuentran en vacancia definitiva y transitoria, así como aquellos provistos a través de nombramiento provisional, y demás disposiciones constitucionales y legales (...).”

Por lo expuesto, concepcionar de manera favorable lo contenido en el proyecto de Ley, sería hacer incurrir al Estado Colombiano en un retroceso en materia de carrera administrativa, específicamente en lo relacionado con el acceso a la carrera administrativa a través del mérito, por cuanto las propuestas generan no solo un alto impacto financiero para las entidades, quienes deben apropiar los recursos para financiar procesos de selección con menos vacantes, lo cual en una economía de escala, implica mayores costos no solo económicos sino también administrativos.

Sumado a esto, debe propenderse por evitar la interinidad en el ejercicio de la función pública de los servidores provisionales a través de alternativas que distan del mérito, existiendo dentro del actual Modelo Integrado de Planeación y Gestión medidas para garantizar la continuidad de los procesos a través de la gestión del conocimiento, siendo estas las alternativas administrativas y buenas prácticas las llamadas a ser adoptadas por las entidades para garantizar su continuidad en el cumplimiento de sus funciones, y no la flagrante vulneración al numeral 7º del artículo 40 y los artículos 125 y 130 constitucionales.

Artículo 4 del proyecto de ley

Artículo 4º. Las entidades públicas del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal deberán implementar un programa de retiro para cada cargo, con el fin de proteger y salvaguardar la prestación del servicio, cuando sea necesario el retiro de un empleado público para cualquiera de las causales contempladas en Decreto 648 de 2017.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, para reglamentar la información que deberá contener el programa de retiro de las entidades y el tiempo de implementación de las mismas.

Se observa que, el mencionado artículo resulta ineficaz, por cuanto si bien se refiere a las causales de retiro establecidas en el Decreto 648 de 2017, si desconoce que las mismas difícilmente permiten un período de transición dentro del propuesto programa de retiro, debido a que pueden surgir de manera inminente, por ejemplo:

(...)

- 1) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
- 5) Invalidez absoluta.

- 7) Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
- 8) Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.
- 9) Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.
- 10) Orden o decisión judicial.
- 12) Muerte.
- 13) Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Por lo expuesto, establecer un programa general de retiro del cargo, es imponerle una carga al gobierno nacional, ya que se hace necesario acondicionarlo con cada causal, lo cual resultaría dispendioso y desproporcionado, teniendo en cuenta que las circunstancias concretas de cada causal varían, así como los cargos que resultaren en vacancia definitiva.

Entrar en un exceso de reglamentación en ese sentido podría acarrear inconvenientes en el ejercicio de la función administrativa, por lo que debe continuarse con la debida motivación de los actos administrativos mediante los cuales se nombra en periodo de prueba y a su vez declara la insubsistencia de quien ocupaba el cargo en provisionalidad, por excelencia esta puede verificar las condiciones de tiempo, modo y lugar para realizar la correcta transición del empleo público.

En todo caso, no tiene en cuenta el legislador que a través del artículo 133 de la Ley 1753 de 2015, se ordenó la integración y creación de los sistemas de gestión de calidad y desarrollo administrativo. Mismo que fue reglamentada por el Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.22.3.1 y ss, en lo que hoy se denomina como el modelo integrado de planeación y gestión (MIPG), misma que fue modificada y actualizada a través del Decreto 1499 de 2017.

El sistema MIPG es un marco de referencia para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión Institucional de las entidades públicas, en términos de calidad e integridad del servicio, con el fin de que se entreguen resultados que atiendan y resuelvan las necesidades y problemas de los grupos de valor.

Este modelo está compuesto por 7 dimensiones que su vez agrupan un conjunto de diecinueve (19) políticas de gestión y desempeño Institucional, prácticas, elementos o instrumentos con un propósito común, generales a todo proceso de gestión, pero adaptables a cualquier entidad pública, quienes deberán ponerlas en marcha, tanto entidades del orden nacional como la territorial y su monitoreo. Se realiza a través del Formulario Único de Avances en la Gestión-FURAG. Las dimensiones son, direccionamiento estratégico y planeación, gestión con valores para resultados, talento humano, información y comunicación, control interno, evaluación y resultados y gestión del conocimiento.

Teniendo en cuenta esto, se puede concluir que ya se cuenta con unos sistemas integrados de gestión, orientados a facilitar el desarrollo de las actividades administrativas, entre estas, la movilidad en las plantas de personal y la administración de las mismas, por lo que las situaciones planteadas en el proyecto de Ley, se encuentran reguladas por procesos y procedimientos

<p>debidamente caracterizados al interior de las entidades, sin que se ponga en riesgo la memoria histórica de los diferentes temas propios de su naturaleza jurídica, misión, visión, principios, planes institucionales, entre otros. Por ello, la propuesta presentada carece de objeto, por cuanto se reitera, el sistema integrado ya lo contempla.</p> <p>De igual forma se reitera que, las funciones y competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuentran previstas en el artículo 130 superior, desarrolladas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, las cuales se refieren a la administración y vigilancia de la carrera administrativa, en ningún momento dentro de sus funciones se establece la implementación de programas de retiro. El proyecto de Ley pretende atribuirle a la CNSC la facultad de implementar un programa de retiro para cada cargo de los empleados públicos, sin ser el ente técnico experto correspondiente en la materia. Adicionalmente, la implementación de programas de retiro y la desvinculación de los empleados públicos se encuentra reglada en el Decreto 648 de 2017.</p> <p><b>Artículos 5 y 6 del proyecto de Ley</b></p> <p><b>Artículo 5°.</b> El Estado garantiza el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los servidores estatales que ocupan cargos en provisionalidad con vacancia definitiva y que se hallan en estado de debilidad manifiesta por la provisión de dichos empleos cuando hagan parte del retén social, así como las personas que cuenten con fuero sindical.</p> <p><b>Artículo 6°.</b> Los servidores del Estado que desempeñen cargos de carrera administrativa en provisionalidad y se encuentren en la condición de pre pensionados, gozaran de una protección especial de estabilidad laboral reforzada conforme al artículo 12 de la Ley 790 de 2020 en concordancia con el artículo 2° de la Leyes 79 de 2016. Para tal fin, en caso de que el cargo que se encuentra desempeñando de carrera administrativa en provisionalidad, sea convocado a concurso, la entidad deberá garantizar la continuidad del funcionario en un cargo de condiciones similares, en todo caso sin desmejorar las condiciones del mismo.</p> <p>Ahora bien, respecto al segundo eje de la exposición de motivos relacionado con la obligatoriedad de la protección especial de los servidores provisionales que se encuentran en estado de vulnerabilidad, que para el objeto que nos convoca en este escrito, se centran en el artículo número 5 y 6 del proyecto de Ley 385 de 2023, se debe aclarar que:</p> <p>En primera medida se debe aclarar que no existen cargos en provisionalidad, existen empleos de carrera administrativa provistos temporalmente mediante nombramiento provisional. Ahora bien, se evidencia que se le está dando una estabilidad laboral reforzada a aquellos funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad en vacancia definitiva y que se hallan en estado de debilidad manifiesta por la provisión de dichos empleos cuando hagan parte del retén social, así como las personas que cuenten con fuero sindical.</p> <p>El otro aspecto que pretende ser modificado es lo concerniente al deber de las entidades de garantizar la continuidad del funcionario en ejercicio de actividades en un cargo de provisionalidad, en la que gozará de estabilidad laboral reforzada, en el que se le garantizará la continuidad en el servicio en el mismo empleo o en otro de condiciones similares, en todo caso sin desmejorar las condiciones del mismo, cuando el mismo se encuentre en situación de prepensionados o padezca algunas de las situaciones establecidas en artículo 12 de la Ley 790 del 2002.</p>	<p>Sobre el particular, es importante precisar que los empleados públicos que ejercen o desempeñan cargos en provisionalidad gozan de <b>estabilidad laboral relativa</b>, situación que debe ceder ante los derechos adquiridos por los elegibles producto de un concurso de méritos, como es el de ser nombrados en período de prueba, de lo cual la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido, es decir, en pro del mérito, esto sin desconocer los casos en que las Entidades deban adelantar las acciones positivas o afirmativas correspondientes, en aras de garantizar y proteger derechos fundamentales, caso contrario, procede la terminación de la provisionalidad, lo que implica que el acto administrativo que ordena su desvinculación debe estar debidamente motivado.</p> <p>En el mismo sentido, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.</p> <p>Ahora bien, conforme a las dinámicas propias de un conglomerado social, en las que surgen situaciones particulares que impiden la aplicación estricta de la norma, se deben morigerar sus efectos para garantías de derechos, tales como la desvinculación de personas en situación de debilidad manifiesta. Vemos sentencias tales como la a SU-070 de 2013 con Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada, en el cual se unificó las reglas para la aplicación protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, así:</p> <p><i>7.- Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.</i></p> <p><i>(...) Las distintas medidas de protección acordadas en los anteriores supuestos (7, 8 y 9) encuentran sustento en el establecimiento del sistema constitucional de provisión de cargos mediante concurso de méritos, que justifica que "los servidores públicos que se encuentren inscritos en la carrera administrativa ostenten unos derechos subjetivos especiales que refuerzan el principio de estabilidad en el empleo". Lo anterior por cuanto la jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa: sistema de promoción de personal característico de un Estado Social de Derecho".</i></p> <p>En el mismo sentido, la Corte Constitucional reiteró esta posición mediante Sentencia de Unificación SU-075 de 2018, en el cual determina que en el caso de las personas que vienen ejerciendo su labor en provisionalidad, deben realizarse acciones positivas para mitigar el impacto de la desvinculación. Textualmente:</p>
<p><i>"Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013, se aplican las siguientes reglas:</i></p> <p><i>(i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse entre quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.</i></p> <p><i>(ii) Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia."</i></p> <p>Así mismo, en sentencia T-342 de 2021 MP Cristina Pardo Schlesinger, la Corte Constitucional recordó que las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, aunque desempeñen cargos en provisionalidad, que para el caso concreto <i>"Deben verificar si hay plazas disponibles en las que puedan ser reubicadas y, al final, si no existe vacante, asegurarse que sean las últimas en ser desvinculadas. Este es el estándar constitucional que orienta a las entidades públicas para asegurar el derecho a la estabilidad reforzada de las personas nombradas en provisionalidad y que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud"</i>,</p> <p>En reciente Jurisprudencia, la misma Corporación, en sentencia T-443 de 2022 reiteró el deber de los nominadores está en el nombramiento que ha ocupado posición meritoria, bajo el cumplimiento de los postulados constitucionales y que en caso de que las personas que ejercen la provisionalidad se deben realizar acciones positivas o de protección, pero sin dejar de realizar el nombramiento. Textualmente,</p> <p><i>(...) una autoridad nominadora vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, al debido proceso y a acceder a cargos públicos cuando no realiza el nombramiento de la persona que ha ocupado el primer lugar en el registro de elegibles por haber designado a otro servidor con estabilidad laboral relativa al encontrarse próximo a pensionarse en un cargo en provisionalidad. En estos casos, lo procedente es ofrecer a este último otra vacante equivalente que se encuentre disponible mientras completa las semanas suficientes para acceder efectivamente a su derecho pensional. (negrilla por fuera del texto original)</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>existe un principio constitucional de acuerdo con el cual el ingreso y la permanencia en la carrera judicial debe fundamentarse en la evaluación del mérito de los aspirantes. Las personas que superen satisfactoriamente el concurso público y obtienen los primeros lugares en el registro de elegibles adquieren un derecho subjetivo a ser nombrados en el cargo. (negrilla por fuera del texto original)</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la plaza en propiedad por quien haya superado un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como principio rector. En el caso de sujetos de especial protección constitucional, la autoridad nominadora deberá prodigarles un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados y, si existen vacantes</i></p>	<p><b>en cargos equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso.</b> (negrilla por fuera del texto original)</p> <p>En similar sentencia, la T-063 de 2022, la Corte Determinó que:</p> <p><i>(...) tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3°, y en la materialización del principio de solidaridad social-art. 95 ibidem-), relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento. (negrilla por fuera del texto original)</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Ahora bien, también es cierto que existe una tensión entre la protección de los derechos de los accionantes, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso de méritos 779 de 2018, de otra parte. Razon por la cual, la Sala no puede acceder a las pretensiones de los accionantes de ordenar su reincorporación inmediata al mismo cargo que venían desempeñando o a uno de mayor jerarquía, así como su afiliación a la red de aseguramiento IVM correspondiente, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la señora Lucía Ximena Navarro Arias y el señor José Leonardo Bayona, quienes accedieron a las vacantes que dejaron los accionantes a través del concurso de méritos, e iría en contra de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos. (negrilla por fuera del texto original)</i></p> <p><i>Por este motivo, la Sala considera que, únicamente en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad, la Alcaldía de Abrego debe nombrar a los señores Milcidades Pérez Vergel y Carmen Alonso Pérez Vergel, a un cargo igual o equivalente al que ocupaban. (negrilla y subraya por fuera del texto original)</i></p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que las personas en condiciones de debilidad manifiesta, cuentan con total amparo constitucional y legal y jurisprudencial, destacando las garantías y prebendas que los nominadores les deben proporcionar, esto, a través de las denominadas acciones positivas, tales como ser las últimas personas en ser desvinculadas, de existir, nombrarlas en provisionalidad en otro cargo e incluso el pago solamente de la seguridad social. En pacífica jurisprudencia constitucional se ha reiterado que se debe dar prevalencia al mérito, sobre todo cuando las personas que ostentaban el cargo en provisionalidad, contaban también con las herramientas de concursar en la vacante definitiva ofertada. Tal como está descrito el precepto normativo, en muchas ocasiones sería de imposible cumplimiento y contrario a lo aquí desarrollado, en el entendido que posiblemente no cuenten con una vacante que pueda ser provista por el sujeto de especial protección, situación está que puede ir aumentando con el transcurrir de los tiempos, sobre todo cuando se busca que todas las vacantes definitivas sean proveídas a la mayor brevedad por los titulares de las carreras administrativas. Es por ello, que esta proposición debe ser archivada por inconstitucional, inconveniente e imposible cumplimiento.</p>

En concordancia las medidas a adoptar no deben menoscabar el principio de la carrera administrativa y del mérito como pilar fundamental en la búsqueda de los profesionales más idóneos que ocupan cargos públicos.

Artículo 7 del proyecto de ley

Artículo 7°. **Ámbito de aplicación.** La presente Ley regirá en todo el territorio nacional y aplica a todas las entidades estatales

Hay que recordar que las Leyes, por regla general, son irretroactivas y solo rigen a futuro. La Corte Constitucional ha especificado que:

"La regla general en relación con los efectos de la ley en el tiempo es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. De suerte que, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la nueva ley. Sin embargo, el artículo 29 de la Carta prevé una excepción en la que se permite la aplicación retroactiva de las leyes penales que sean favorables para el sindicado o el condenado. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no estén consolidadas ni que hayan dado lugar al surgimiento de derechos adquiridos al momento de entrar en vigencia la nueva ley, esta entra a regular esas situaciones en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. Este fenómeno se conoce con el nombre de retrospectividad"

Teniendo en cuenta este mandato, se debe recordar que en caso tal que prospere esta propuesta, no tendría efectos respecto a situaciones jurídicas consolidadas, antes de la promulgación de este.

Finalmente, hacer una mención especial respecto a la discriminación que eventualmente haría el legislador en la adición del servicio semiabierto especialmente a los procesos de selección para proveer las vacantes definitivas de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES U.A.E. DIAN, teniendo en cuenta que desconoce su aplicación al sistema general de carrera administrativa, a los sistemas especiales y a los demás sistemas específicos, categoría donde se encuentra la DIAN, sin razón aparente y justificada. Recordemos que el artículo 4 de la Ley 909 del 2004, establece que el régimen de concurso de méritos de la DIAN es de carácter específico.

En cumplimiento de este mandato, el congreso de la Republica, a través de la Ley 2010 de 2019, le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la Republica, con el propósito de garantizar la profesionalización y la excelencia de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN) para cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades, posibilidad de movilidad en la carrera sobre la base del mérito, con observancia de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política.

Con ocasión de esto, la Ministra del Interior de la República de Colombia delegataria de funciones presidenciales mediante el Decreto número 053 de 2020 expidió el Decreto Ley 071 de 2020

"Por el cual se establece y regula el Sistema Especifico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN".

La misma norma fue garante de los mandatos constitucionales previamente citados, en la que, pese a la especificidad o especialidad de su régimen, estableció que el ingreso, la permanencia y la movilidad deben estar basada en el mérito, el desempeño y la acreditación de competencias. De igual forma, este cuerpo normativo determinó que dentro del proceso se debe garantizar el ingreso y ascenso a través de concursos y/o procesos de selección; resalta la aplicación del principio de estabilidad como garantía de imparcialidad en el ejercicio de las funciones del empleo público; así como la promoción y movilidad que obedezca a la necesidad de profesionalización y la adquisición y desarrollo de las competencias laborales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el mencionado Decreto estableció las herramientas para desarrollar los procesos de selección dentro del sistema específico de ingreso a la DIAN. Sin embargo, tal como se ha descrito, no puede desconocer esta los principios, fundamentos y reglas básicas establecidas en la constitución sobre el mérito para el ingreso, situación que claramente desconoce la norma que pretende ser introducida como Ley de la Republica.

Por todo lo anterior, es evidente que el proyecto de ley en estudio es atentatorio de los derechos de las personas en carrera administrativa, los cuales fueron adquiridos a través del mérito y la igualdad de oportunidades para acceder al empleo público por medio de su participación en los concursos públicos, abiertos y por ascenso.

Artículo 8 del proyecto de ley

Artículo 8°. **Vigencia y derogatorias.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones contrarias, en especial las contenidas en el Decreto 071 de 2.020, **adicionando el concurso semi cerrado** para proveer vacantes definitivas de carrera en un 30% en favor de los trabajadores provisionales de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES U.A.E. DIAN.

Frente a la vigencia, es importante resaltar que la propuesta de otorgar ciertos beneficios y ventajas a los provisionales para mantenerse en sus cargos, reduce las condiciones y requisitos para la participación en los concursos de méritos y afectan de manera directa a todos los ciudadanos que no tienen ningún vínculo con la entidad, situación que desarticula el sistema de carrera administrativa en el país e impone un contenido normativo totalmente distinto al establecido por la Constitución Política de 1991, contrariando de esta forma sus artículos 13, 40, 125 y 130; así como, desconocer de manera abierta los pronunciamientos de las Altas Cortes, respecto del mandato constitucional y legal aplicable para el acceso, permanencia y ascenso a la carrera administrativa en Colombia, que no es otra cosa que a través del mérito, dando amplia participación a quienes consideran que cumplen los requisitos de estudio, experiencia, entre otros, en condiciones de igualdad, transparencia y publicidad. En mismo sentido aplica en lo concerniente

en la estabilidad laboral reforzada, progresividad, eficiencia y eficacias de los concursos para acceder a la carrera administrativa a través del mérito.

Ahora bien, la creación de una nueva modalidad de concurso semi abierto crea condiciones más beneficiosas y preferentes para un grupo poblacional específico, por esta razón la Corte Constitucional en sentencia C-534 de 2016 reitera lo siguiente con relación a la carrera administrativa y la aplicación del mérito:

"La asimilación de la carrera administrativa como un principio constitucional significa que el artículo 125 de la Constitución Política es una norma superior de aplicación inmediata que contiene una base axiológica-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico. En ese sentido, como lo ha definido esta Corte, el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público, y (ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y las finalidades de la carrera administrativa, en especial el **acceso basado en el mérito de los aspirantes**. (negrita y subrayado fuera de texto)

(...) Ahora bien, con el objeto de que la carrera como sistema de administración de personal cumpla su objetivo de permitir el ingreso de las personas más capacitadas para el ejercicio del servicio público -como expresión del mérito-, se requiere de la configuración de un escenario en el que tal posibilidad se viabilice, a través de un procedimiento abierto y democrático en el que los interesados compitan, bajo la sujeción de parámetros transparentes y claros, con el ánimo de demostrar su merecimiento en el acceso al cargo pretendido. Dicho marco es, por regla general el concurso"<sup>31</sup>

En conclusión, como se ha venido manifestando resulta inconstitucional establecer condiciones especiales para el ingreso a la carrera administrativa dirigido a aquellas personas vinculadas en provisionalidad. Cualquier medida que implique desconocer la carrera administrativa, el principio de mérito, y los demás principios y derechos constitucionales como el de igualdad, la transparencia, eficiencia, entre otros, resulta contradictorio a la norma superior y va en contravía del estado social de derecho y los fines esenciales del estado.

En los anteriores términos se conceptúa sobre el Proyecto de Ley 358 de 2023, indicando que las CNSC está atenta cualquier requerimiento o información adicional que se requiera, así como a prestar el apoyo y la colaboración necesaria.

Cordialmente,

SIXTA DILIA ZUÑIGA LINDAO  
PRESIDENTE

Añados: RADICADOS HIROS: 2023R029451 - 2023R0292981  
Elaboró: ALEJANDRO CASTIBLANCO PAVA - CONTRATISTA - PRESIDENCIA  
Aprobó: MÓNICA LIZETH PUERTO GUIO - ASESORA DE PRESIDENCIA - PRESIDENCIA

<sup>31</sup> Sentencia C-534 de 2016 Corte Constitucional, M.P María Victoria Calle Correa

DIANA CAROLINA FIGUEROA MERÍO - ASESORA DESPACHO

CONTENIDO

Gaceta número 893 - Viernes, 21 de julio de 2023  
CÁMARA DE REPRESENTANTES  
CARTAS DE COMENTARIOS

Págs.

Carta de comentarios Departamento Administrativo para la Prosperidad Social sobre el Proyecto de Ley número 236 de 2022 Cámara, por medio del cual se establece el mes de octubre, como el Mes de la Salud Mental en Colombia..... 1

Carta de Comentarios Federación Colombiana de Municipios al Proyecto de ley número 308 de 2022 Cámara, por medio de la cual se fortalecen las economías populares y comunitarias campesinas..... 3

Carta de comentarios Comisión Nacional de Servicio Civil sobre el Proyecto de ley número 385 de 2023 Cámara de Representantes, por medio de la cual se adicionan los mecanismos para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa, se incorpora la progresividad en los concursos de méritos, se reconoce la estabilidad laboral reforzada a servidores del Estado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa y se dictan otras disposiciones..... 4