

El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos y la Carrera Administrativa

Guillermo Arellano Castillo

René Marcel Rojas Lozano

Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Especialización en Gestión Pública

Ibagué, 2020

El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos y la Carrera Administrativa

Guillermo Arellano Castillo

René Marcel Rojas Lozano

Monografía para optar por el título de Especialista en Gestión Pública

Director de Trabajo de Grado

Nahun Alejandro Sánchez

Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Especialización en Gestión Pública

Ibagué, 2020

### **Dedicatoria**

A Dios, por cubrirnos con su mano misericordiosa y bendecir nuestras carreras profesionales, motivándonos siempre para continuar adelante.

A nuestras maravillosas familias que con paciencia y Amor incondicional, han contribuido en este logro académico.

A todos los contendores meritocráticos y a la noble causa sindical, que sin escatimar esfuerzo protegen la carrera administrativa.

## **Agradecimientos**

A Dios misericordioso que todo lo hace posible. A nuestros padres que con esmero y  
cariño nos formaron para ser personas de bien.

A la Universidad Nacional Abierta y a Distancia –UNAD, forjadora de profesionales  
con criterio y visión humana.

A nuestro Director de trabajo de grado Dr. Nahun Alejandro Sánchez, quien nos  
brindó acompañamiento y orientación para la materialización de este trabajo académico.

## Tabla de contenido

Glosario.....	8
Resumen.....	9
Abstract.....	10
Justificación .....	11
Problema de Investigación.....	13
Objetivos.....	14
Objetivo General.....	14
Objetivos Específicos.....	14
Los Derechos Humanos y la Corrupción.....	15
El Derecho a Acceder a Cargos Públicos .....	19
El Derecho a la Igualdad.....	23
El Derecho al Debido Proceso Administrativo.....	26
Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad .....	29
La Función Pública.....	32
El Servidor Público.....	35
Los Principios en la Función Pública.....	36
Clasificación de los Servidores Públicos .....	39
La Carrera Administrativa y la Clasificación de los Sistemas de Carrera.....	41
El Principio del Mérito y el Concurso .....	48
Clases de Nombramiento en los Cargos de Carrera Administrativa.....	51
El Derecho a Participar – Libre Concurrencia.....	53
La Comisión Nacional del Servicio Civil .....	54
La Provisionalidad Herramienta De Corrupción .....	55
El Caso Camilo Herrera: Un Golpe a La Institucionalidad del INMLCF .....	57
La Convocatoria 01 de 2005 .....	59

Observaciones a la Ley 1960 De 2019 -El Concurso de Ascenso Cerrado .....	64
Propuesta para la Correcta Implementación del Mérito .....	65
Conclusiones .....	69
Referencias.....	71

## Lista de Graficas

Grafica 1 Clasificación de los Servidores Públicos .....	40
----------------------------------------------------------	----

## Glosario

Art.	: Artículo
CNSC	: Comisión Nacional del Servicio Civil
C.P	: Constitución Política de Colombia
DAFP	: Departamento Administrativo de la Función Pública
DDHH	: Derechos Humanos
DIAN	: Dirección de Impuesto y Aduana Nacionales
D.O.	: Diario Oficial
DR	: Doctor
ESAP	: Escuela Superior de Administración Pública
INMLCF	: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
INPEC	: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
M.P.	: Magistrado Ponente
SENA	: Servicio Nacional de Aprendizaje



## Resumen

La carrera administrativa en Colombia no es de reciente aparición, pues recordemos como antecedente histórico que mediante la ley 165 de 1938 ya se había introducido en el ordenamiento jurídico dicho concepto. Cosa distinta es que con la expedición de la Ley 909 de 2004, se observó un gran robustecimiento de una Carrera administrativa, débil en Colombia, hasta ese momento.

Sin embargo, después de 80 años de evolución jurídica y administrativa, aún se observa con extrañeza que la carrera administrativa como sistema técnico de administración de personal, cuenta con ciertos vacíos, que no permiten su implementación a cabalidad.

Es necesario reconocer que con la ley 909 de 2004, se introdujo una indiscutible mejora en la carrera administrativa, evolución en la administración del recurso humano estatal, que también evidencio detractores que han salido a la luz al verse afectados con el desarrollo de las prácticas meritocráticas. Opositores de la carrera administrativa que no ocultan su descontento y atacan los procesos de selección sin razón.

Por lo expuesto se hace necesario revisar el actual estado de la normatividad en carrera administrativa, así como analizar en qué grado los detractores de la meritocracia, han logrado dilatar u obstaculizar el avance de la carrera administrativa, en el sector público Colombiano.

**Palabras claves:** Derechos Humanos – Carrera Administrativa – Constitución Política - Función Pública – Meritocracia – Congreso de la República – Corte Constitucional.

## Abstract

The administrative career in Colombia is not of recent appearance, since we remember as a historical antecedent that by means of law 165 of 1938 this concept had already been introduced in the legal order. A different thing is that with the issuance of Law 909 of 2004, a great strengthening of an administrative career, weak in Colombia, was observed up to that moment.

However, after 80 years of legal and administrative evolution, it is still strangely observed that the administrative career as a technical personnel administration system has certain gaps, which do not allow its full implementation.

It is necessary to recognize that with law 909 of 2004, an indisputable improvement was introduced in the administrative career, evolution in the administration of the state human resource, which also evidenced detractors that have come to light when affected by the development of meritocratic practices. Opponents of the administrative career who do not hide their discontent and attack the selection processes without reason.

For these reasons, it is necessary to review the current state of the regulations in the administrative career, as well as to analyze to what extent the detractors of the meritocracy have managed to delay or hinder the advancement of the administrative career in the Colombian public sector.

**Key Words:** Human Rights - Administrative Career - Political Constitution - Public Function - Meritocracy - Congress of the Republic - Constitutional Court

## Justificación

La aplicación del principio del mérito en Colombia, se ha visto truncada en múltiples ocasiones, pues la implementación de la carrera administrativa junto con el concurso de méritos a pesar de ser considerados por la administración pública (nacional e internacional) como los mecanismos más idóneos para la gestión y selección del talento humano, han encontrado grandes detractores que no han dudado en oponerse radicalmente a que se desarrollen los procesos meritocráticos e imparciales al interior de las entidades públicas. La meritocracia principio constitucional, no solo se constituye como una práctica administrativa del más alto nivel, para la gestión del talento humano, pues además se considera una útil herramienta en la lucha contra la corrupción y las prácticas clientelistas.

Ahora bien, estos ánimos oscuros en cabeza de personas influyentes de la vida nacional han sido contundentes en más de una ocasión, paralizando los concursos en trámite en algunos de los casos, discriminando y menospreciando a los participantes, y sin duda desacatando mandatos legales y judiciales; en conclusión, violentando el debido proceso meritocrático, la igualdad y la confianza legítima de los aspirantes.

Todo lo anterior con el ánimo de que los intereses personales de dichos servidores corruptos no se vean afectados, y seguir usando los vacíos legales como herramienta de su perversión, aún pasando por encima del orden justo, el interés general, la igualdad, la normatividad existente con respecto al tema de la función pública y desde luego el Derecho consagrado en el Artículo 21 de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

No cabe duda por todo lo expuesto, que es de gran importancia descubrir el por qué no se ha logrado materializar el derecho humano al libre acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones, cuáles son las situaciones que han generado vacíos en la aplicación del sistema del mérito y sobre todo cual es camino a seguir si de proteger tan olvidado derecho se trata, de lo cual nos encargaremos en el presente trabajo de monografía.

### **Problema de Investigación**

La real garantía de los derechos humanos se identifica como una clara expresión del Estado Social de Derecho adoptado en Colombia. Sin embargo, a pesar de existir claros mandatos normativos, respecto del derecho de acceso a la función pública y aplicación de la meritocracia, en ocasiones dichos procesos meritocráticos se han visto amenazados por detractores, que prefieren las tradicionales prácticas “clientelistas”.

Es por ello que, ante la necesidad de resolver dicha problemática se hace necesario responder la interrogante; ¿Realmente se protege la garantía del derecho de acceso a la función pública y las normas de carrera administrativa?

## Objetivos

### Objetivo General

Analizar el derecho de acceso a la función pública y de la carrera administrativa en Colombia.

### Objetivos Específicos

- Reconocer los vacíos normativos que han servido de excusa, para la inaplicación de la meritocracia en el sector público.
- Estudiar el desarrollo de la Convocatoria 01 de 2005, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, como antecedente de relevancia histórica, en la aplicación de los procesos meritocráticos en Colombia.
- Desarrollar una propuesta que, con fundamento en la situación actual de la meritocracia, permita garantizar de mejor modo el derecho de acceso a la función pública, mediante la continua y normalizada aplicación del criterio meritocrático.

## Los Derechos Humanos y la Corrupción

En su concepto más simple debemos identificar los derechos humanos como aquellos que sin excepción deben de ser reconocidos al ser humano por el solo hecho de tener esta calidad. También conocidos como garantías fundamentales, son un conjunto de cualidades que protegen desde lo más profundo de su dignidad a la especie humana.

En otras palabras, su definición se puede condensar así: “Los derechos humanos son derechos naturales del hombre enderezados a dignificar y a promover la justicia. Los Derechos Humanos son esenciales para la preservación de un orden social justo, digno y, sobre todo, pacífico.” Según lo anotado en su tesis por el Dr. Felipe García C. (García Cock, 1994)

Ahora bien, no sobra decir que son de estricta observancia por parte del Estado y por consiguiente de los servidores públicos que lo integran, de igual manera el velar por su preservación.

Una vez aclarados estos conceptos es menester introducirnos más en el tema puntual, realizando la siguiente apreciación: “en primer lugar que la corrupción conduce y promueve directamente la violación a los derechos humanos, y en segundo lugar que el tema de los derechos humanos no se ocupa únicamente de situaciones sangrientas y dramáticas, aunque si dignas de reproche social. Los derechos humanos no son exclusivamente problemas de opresión, muerte y desplazamiento forzados” como lo menciona el Dr. Carlos Maldonado en su texto “Corrupción y Derechos Humanos”. (Maldonado, 2001)

Sin lugar a duda la corrupción fortalece a diario los ultrajes en materia de derechos humanos, por cuanto la gestión pública se desvía de su único camino a seguir como lo son el cabal cumplimiento de los fines del estado, incurriendo en descuidos, manipulaciones que en consecuencia reflejan un Estado poco comprometido con las causas justas y la protección de los Derechos Humanos. Por lo tanto, la administración pública en algunos casos es la protagonista de la violación a los derechos humanos, mientras que, en otros casos sin restarle responsabilidad, esta actúa omisivamente, como propiciador de dichas situaciones.

Así mismo en otro aparte del texto “Corrupción y Derechos Humanos” del mencionado Dr. Maldonado se conceptualiza así: “Existe Corrupción allí donde un cargo con funciones públicas es empleado para beneficio propio, y con ese cargo, la información, las conexiones, los bienes, y demás son usufructuados privada o privativamente”. (Maldonado, 2001)

Como vemos es una definición clara de corrupción, a la que tan solo debe añadirse un aditamento con el ánimo de recordar que en el panorama de la corrupción no siempre el beneficio es únicamente personal, es bastante conocido que los corruptos usan sus facultades para pagar favores a terceros.

En este punto podemos determinar que la corrupción tiene como objetivo central permear la administración pública, con prácticas contrarias a sus principios, en beneficio de intereses personales. Ahora bien, la corrupción podría definirse así:



“(…) el problema de estudio se refiere, entonces, a la incapacidad del sistema político para alcanzar el interés público o para satisfacer los requerimientos y las necesidades públicas.

Así pues, la explicación de la corrupción en términos descriptivos pone en claro una doble acepción de la corrupción: de un lado, el hecho de que esta consiste en una práctica consciente, deliberada y sistemática mediante el cual se superpone al interés general los intereses privados, aprovechando para sí todos los beneficios de un cargo público. Desde este punto de vista, es inevitable establecer el nexo entre burocracia y en consecuencia el “acomodamiento” y la corrupción.” (Maldonado, 2001)

Siguiendo esta línea es momento para recordar derechos fundamentales tales como la igualdad, el debido proceso, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo digno, y el acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones, ya que son estos los derechos conexos, que sin implicar derramamiento de sangre son ultrajados de manera reiterada, por quienes ostentan poderes públicos.

En otro concepto del Dr. Maldonado se evidencia mejor desarrollada la postura, sobre las manipulaciones en la administración pública por medio de las siguientes líneas, así:

“es preciso advertir en contra de la victimización de los derechos humanos, esto es en contra de la creencia errónea de que solo existen problemas de derechos humanos cuando hay sangre, cadáveres, violaciones, torturas, desaparecidos...etc. Es imposible dar la espalda a casos como estos, y es manifiesto que si existen violaciones de derechos humanos en estos casos.

Pero los derechos humanos no se reducen a estas situaciones. Solo que estas son situaciones límites, últimas digamos. Antes bien, es preciso reconocer el fundamento de los derechos humanos que es el de una vida digna y con calidad. Dignidad y calidad de vida se implican recíproca y necesariamente y no es posible, en manera alguna, sostener la validez y la necesidad de la una sin afirmar simultáneamente a la otra” (Maldonado, 2001)

En reiteración de lo expuesto, se debe comprender la importancia de lograr una acertada acepción de los derechos humanos, en procura de lograr un mejor entendimiento de las situaciones que constituyen una vulneración a los derechos humanos, veamos:

“En verdad, la victimización de los derechos humanos no solo desvirtúa los derechos humanos mismos, sino, lo que es aún peor, es una forma de apología indirecta de la muerte, de la miseria, del guerrerismo y el armamentismo (...)” (Maldonado, 2001)

En este momento queda totalmente claro que la victimización de los derechos provoca, que otros derechos de igual importancia sean olvidados y por consiguiente desprotegidos, propiciando su sistemática y consentida vulneración. Situaciones que son aprovechadas por las maquinarias corruptas cuya oscura actividad se fortalece, en medio de la distraída atención, logrando consumir el quebranto de los derechos con total sigilo, hasta convertir el desconocimiento de los derechos en una práctica común y consentida.

Lo cual no es aceptable en nuestro Estado social de derecho, menos aún desde la óptica del orden justo y los derechos humanos.

Para cerrar, es apropiado mencionar brevemente acerca de nuestro tema principal que es la aplicación del sistema meritocrático en Colombia, como garantía del derecho de acceso en igualdad de condiciones a la función pública que, no obstante todas las prácticas administrativas contemporáneas sostiene la necesidad de sostener la meritocracia, así como el sistema técnico de administración de personal, existen sectores políticos que se han opuesto a ella, defendiendo drásticamente las formas de ingreso sin formalismos, como lo es el nombramiento en provisionalidad, o en planta temporal.

Sin duda existen andamiajes, que se han dedicado abiertamente a impedir el fortalecimiento de la meritocracia, en busca del beneficio de unos pocos, desconociendo la grave afectación que se causa al interés público y a los derechos de los ciudadanos.

La meritocracia, por medio del proceso de selección procura la designación del personal más idóneo, salvaguardando el interés público, y garantizando a los ciudadanos su derecho de acceso a la función pública en igualdad de oportunidades.

### **El Derecho a Acceder a Cargos Públicos**

Iniciemos por examinar lo que al respecto dice nuestra norma Constitucional en donde se consagra como derecho fundamental, el derecho de acceso a la función pública, así:

“Artículo 40

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (Constitución política de Colombia, 1991) (...)”

Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.” (Constitución política de Colombia, 1991)

Ahora bien, al centrarnos específicamente en el numeral séptimo del anterior artículo entendemos con gran facilidad que el acceso a los cargos públicos es un derecho fundamental que ostentamos todos los nacionales, derecho que como todos los demás es exigible, derecho de estricta observancia por parte de quienes intervienen en la implementación de la carrera administrativa al interior de cada entidad.

Tratándose de un derecho fundamental, valga decir que se precisa de toda la diligencia y compromiso de las entidades públicas, en especial las encargadas de velar por su protección y promoción, como el Ministerio Público, la Comisión Nacional del servicio Civil - CNSC, el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, en garantía de la carrera administrativa, aunque esto no debe tomarse como justificación, para que todos los entes oficiales dejen de promover la implementación de la carrera administrativa.

Así mismo, el artículo 125 norma superior desarrolla claramente el principio meritocrático, precepto constitucional que, enmarca la provisión del empleo público en el Estado social de derecho, con estricta sujeción al contemporáneo postulado de la contienda meritocrática.

Pero no sería justo conformarnos con el texto Constitucional únicamente, existiendo también compromisos normativos de carácter Internacional, para corroborar lo dicho revisemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

“Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público, esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

No cabe duda entonces que, desde tiempo atrás se reconoce como derecho y se persigue aquello que conocemos como igualdad de oportunidad en el acceso a los cargos públicos, derecho que poca protección y atención encontró en Colombia, hasta la aparición de la Comisión Nacional del Servicio Civil. No obstante, el paulatino robustecimiento de la meritocracia, existen lamentables y recientes acontecimientos protagonizados por los detractores del mérito y de la misma constitución.

Del mismo modo la Carta Iberoamericana de La Función Pública, establece la realización de procesos abiertos de selección, por parte de órganos especializados o acreditados para ello.

Para el caso colombiano, la Ley 909 de 2004, regula el sistema técnico de administración de personal o carrera administrativa en el sector público Colombiano. Establece el concurso de méritos, sus etapas y diferentes momentos, hasta la expedición de una lista de legibles, integrada en orden de mérito por quienes superen las etapas del proceso.

Esta ley surge como respuesta a una innegable necesidad de implementar un sistema de gestión de personal en el sector público, obedeciendo a los mandatos normativos de eficacia, eficiencia y como es claro, igualdad de oportunidades, los cuales se acordaron en la Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003, ratificada por Colombia, en la cual se indican los principios rectores de todo sistema de función pública y la protección de las garantías fundamentales.

Lo expuesto aquí, en referencia al marco normativo de la carrera administrativa y la aplicación de la meritocracia, aunado a los múltiples conceptos jurisprudenciales al respecto, que sin duda la protegen, ratifican que no existe excusa alguna para que Colombia se encuentre en mora de darle plena implementación. No existe entonces, justificación para omitir la aplicación normalizada del mérito.

Como ultima apreciación con respecto a este derecho, se debe recalcar que la libertad de acceso a los cargos públicos, integra dentro de sus postulados derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo.

Además, debemos rescatar que, al encontrarnos frente a un derecho fundamental, se plantea una imposición al estado, de llevar a feliz término los procesos de selección hoy regulados por la ley 909 de 2004, con la plena observancia de principios que le son propios, entre otros el principio de eficacia, eficiencia, imparcialidad.

Sin embargo, a pesar de existir claridad sobre el derecho de acceso a la función pública, así como también una seria reglamentación, encontramos que el mandato constitucional y legal no es muy bien aceptado por ciertos sectores políticos, “enemigos de la Meritocracia” que han obstaculizado hasta hoy la cabal implementación del mérito en las entidades públicas.

### **El Derecho a la Igualdad**

De sobra conocemos los alcances de este derecho que encuentra grandes espacios en normas de talla internacional, en nuestro texto constitucional lo encontramos así:

“Artículo 13

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” (Constitución política de Colombia, 1991)

En nuestro Estado Social de Derecho se debe propender por el bienestar social y el orden justo, lo incomprensible es que, en el caso del derecho de acceso a la función pública, quienes se oponen lo hacen desde la misma estructura estatal, vulnerando con ello el derecho a la igualdad.

Como un ultraje, No de otra forma, debemos concebir, el hecho de que no se permita el acceso a los cargos públicos, restringiendo el acceso a ellos, a voluntad de los andamiajes de corrupción política. La pregunta es ¿Que tan imparcial en su proceder puede ser el servidor cuyo nombramiento se debe a un favor y no a unas capacidades demostradas?

Siguiendo por esta línea, existe un interés constante, por parte de quienes se benefician de las plantas de empleo disponiendo de ellos libremente, por suspender el normal desarrollo de los concursos, por conceder prerrogativas a unos cuantos, en perjuicio del resto, como lo veremos a profundidad más adelante. Sin duda alguna esto desconoce el interés general y constituye una burla al ciudadano quien, además se ve discriminado, menospreciado.

Ahora bien, ante tales atrocidades es entendible que los cuestionamientos a la institucionalidad aparezcan, y el repudio no se haga esperar por la violación a los derechos del participante o aspirante del común, que desea acceder al cargo, sin favores de ninguna clase.



En concepto del Dr. Felipe García tal y como quedo plasmado en su trabajo de grado “Ha sido La igualdad de las personas y consecuentemente la ilegitimidad de la eventual discriminación entre las mismas, preocupación constante del Derecho Internacional, no siendo pocas las formas discriminatorias que este ha pretendido proscribir a lo largo de la historia.” (García Cock, 1994)

El mismo autor soporta la anterior perspectiva, acudiendo a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación, la cual reafirma lo que se viene exponiendo así “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia... Que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales.” (García Cock, 1994). Una noción bastante acertada que ratifica la imposibilidad de aplicar un concurso de méritos en donde las condiciones del proceso de selección concedan ventajas a unos en perjuicio de los otros participantes en actitud claramente excluyente. Peor aún el caso de las entidades que se oponen abiertamente a la realización del concurso.

En aparte citado por el mismo Dr. García menciona que, existe una disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual vale la pena conocer:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que , a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o

de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconoce a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad(...)" (García Cock, 1994).

### **El Derecho al Debido Proceso Administrativo**

Este derecho tan estrechamente relacionado con el proceder de la administración está establecido en nuestra constitución así:

“Artículo 29

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.” (Constitución política de Colombia, 1991)

De acuerdo con este texto el actuar público debe ceñirse en todo momento a aquellos parámetros o ritualidades legalmente establecidas, o reglamentados por alguna norma especial. Para el caso en concreto, un ejemplo de ello son las convocatorias hechas a los ciudadanos para acceso a los cargos públicos, convocatorias que establecen las condiciones del proceso de selección meritocrático y que no deben ser alteradas, so pena de estar faltando al principio de la Confianza legítima sobre las actuaciones administrativas. Convocatorias

que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 generan un vínculo de obligatoriedad, entre el aspirante y la administración.

No queda la menor duda de que la convocatoria es una norma reguladora del concurso de méritos, por disposición de la Ley 909 de 2004, así las cosas, sin lugar a equivocarnos se trata de un procedimiento administrativo cuya finalidad es la creación de situaciones de derecho. Aunado a esto, como ya se dijo por disposición de la misma ley, la convocatoria genera obligatoriedad entre el participante y la administración, además es inmodificable en su estructura o fases, únicamente con respecto a los cronogramas (lugares y fechas) se podrá variar. Esto como es lógico para darle mayor fuerza, veracidad y seriedad al procedimiento. Veamos el texto de la ley 909 de 2004:

“Artículo 31

Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el jefe de la entidad u organismo es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.” (Ley 909 de 2004)

En reiteración de lo expuesto sobre los procedimientos de la administración en especial, el proceso meritocrático y su obligatoriedad o estricta observancia, leamos el mandato que en este sentido contempla el Decreto Reglamentario 4500 de 2005:

“Artículo 3. Convocatoria (...)

Parágrafo 2. Tanto en la fase de preselección como en la específica, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá modificar cualquier aspecto de la convocatoria hasta antes de la fecha de iniciación de inscripciones, o de la escogencia del empleo en la segunda fase o específica.” (Decreto Reglamentario 4500 de 2005)

“Una vez iniciadas las inscripciones, o en la fase específica de escogencia de empleo solo se podrá modificar el sitio, la fecha y hora de la aplicación de las pruebas. (...)” (Decreto Reglamentario 4500 de 2005)

Para complementar y dar mayor certeza de lo pretendido por tal disposición es pertinente remitirnos a un estudio realizado por el Dr. Jaime Vidal en donde se hace una reflexión sobre los antecedentes del debido proceso administrativo realizados por el Dr. Fernando Brito así “las actuaciones administrativas se deben desarrollar con arreglo a principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, los cuales deben servir para resolver las cuestiones que se susciten en desarrollo de los procedimientos administrativos, de donde se sigue que la ley prevé la existencia de unos procedimientos sujetos a esos principios.” (Vidal Perdomo, 2008)

En otro aparte del mismo texto se menciona “los funcionarios deben tener en cuenta que las actuaciones administrativas tienen por objeto que se cumplan los cometidos estatales, se presten adecuadamente los servicios públicos y se hagan efectivos los derechos e intereses reconocidos por la ley a los administrados”. (Vidal Perdomo, 2008)

Hasta aquí, se puede afirmar que el proceso de selección para acceso a los cargos públicos constituye un proceso administrativo de gran envergadura por cuanto de su correcta aplicación depende la protección al interés general, los derechos fundamentales y la suerte de las entidades públicas, ya que el concurso de méritos tiene como finalidad la selección del servidor público, calidad que debe recaer sobre quien además de tener el derecho, demuestre mayor idoneidad, por medio del mérito.

### **Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad**

Otro de los derechos fundamentales que se debe estudiar es el del libre desarrollo de la personalidad, iniciando por revisar el texto Constitucional:

“Artículo 16

Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

(Constitución política de Colombia, 1991)

Hace referencia esta norma, a la garantía de que gozan todos los ciudadanos de vivir su cotidianidad según su libre albedrío, de escoger sus propios hábitos y proyección de vida, situaciones que están protegidas por la Constitución como lo acabamos de observar y por lógicas razones debe ser garantizado por el estado quien debe propender por la efectividad de los derechos. Tan solo los derechos ajenos y la restricción legal para ejercer ciertas actividades pueden limitar este derecho.

Ahora bien, con respecto al caso concreto y la realidad colombiana en relación con el acceso a los cargos públicos, no es ningún secreto que el principio del mérito se aplica desde hace más bien poco, desde la expedición de la Ley 909 de 2004, pero aún con herramientas bastante limitadas, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad garante de la carrera administrativa y el mérito. Aclaración la anterior muy necesaria para entender la relación directa que existe entre este derecho y la implementación de la carrera administrativa, desde la perspectiva de quienes en su proyecto personal tienen como su prioridad y realización, el ser servidores públicos.

Por mencionar un ejemplo, recordemos que la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP, entidad oficial de formación académica en el saber de lo público, se especializa en la disciplina académica de la administración pública, en donde los estudiantes se forman generalmente con la intención de desempeñarse al servicio del estado, ya que la profesión en Administración pública como su nombre lo indica, tiene un área de desempeño muy bien identificada en el sector público.

Más razonable es la anterior anotación al ver que la ESAP ofrece programas de especialización, pero únicamente relacionadas con el tema en cuestión. Es sencillo entender que quien decide ser profesional en administración pública y posteriormente se especializa en la misma rama del conocimiento tiene una clara intención de vincularse al servicio del Estado. Dicho de otro modo, la correcta y periódica realización de procesos meritocráticos, además de proteger intereses superiores, garantiza también derechos como la igualdad, el debido proceso, y el libre desarrollo de la personalidad.

Otro caso idéntico, por mencionar es el de quienes se forman académicamente en Ciencias forenses o Criminalística y de policía judicial, pues es bien sabido que dichas áreas del conocimiento tan solo encuentran área de desempeño en ciertas entidades públicas, con competencias afines.

Dichos ciudadanos que desean prestar sus servicios en el sector público ven coartados sus esfuerzos, al no advertirse la correcta implementación de la carrera administrativa, o la eficiente aplicación de los concursos. Esto en procura de no tener que recurrir a los favores de las maquinarias corruptas, en las que se prefiere el nombramiento en provisionalidad o “a dedo” como es más conocido, nombramiento este que evade criterios claros de selección, y con ello también violenta es el orden justo, la normatividad superior y los principios de la administración pública.

Una anécdota relacionada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que todos podemos referenciar, es que los niños, al preguntárseles sobre que labor quieren desempeñar en su adultez, en su mayoría se identifican con el servicio público en sus respuestas como; policía, militar, bombero, profesora, medico, piloto, presidente manifiestan algunos.

Ahora bien, no existe razón para no proteger las expectativas de los ciudadanos que se identifican con los ejemplos dados anteriormente, y que reclaman algo que les es propio, como lo es **EL DERECHO A PARTICIPAR EN IGUALDAD DE CONDICIONES PARA ACCEDER A LAS FUNCIONES PUBLICAS.**

## La Función Pública

En este punto es necesario revisar la integración y conformación del componente principal de la administración, se trata del talento humano, visto no como elementos desarticulados, si no como un conjunto que integra el andamiaje estatal bien estructurado, dinamizándolo con un propósito; materializar el cumplimiento de la ley y los fines del Estado.

La función pública es ejecutada por servidores públicos quienes están vinculados a una entidad, para el cumplimiento cabal de las tareas asignadas. En este punto debemos recordar que cada entidad pública debe gozar de un manual de funciones y requisitos, en donde se establece el cuadro funcional de cada empleo señalando con precisión los requisitos, para el desempeño de este.

Dicho conjunto de servidores, que conforman la función pública se agrupa en entidades con formas propias y funciones asignadas a todos y cada uno, quienes siempre están inmersos en situaciones claramente reglamentadas, relacionadas con; la forma de ingreso o vinculación, las clases o sistemas de carrera, el régimen jurídico de cada uno, el proceso de ingreso, la inducción, las situaciones administrativas, el régimen de los servidores, los derechos y garantías, el régimen salarial, el régimen disciplinario y sancionatorio, el régimen de prestaciones, entre otros aspectos relacionados con el talento humano en el sector público.

Revisemos la norma constitucional, en donde se desarrolla la figura del empleo público:



“Artículo 122

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas (...)” (Constitución política de Colombia, 1991)

Ahora bien, el empleo público está definido como núcleo básico de la función pública, en la ley 909 de 2004 mediante la cual se regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, veamos la norma al respecto:

“Artículo 19. El empleo público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.” (Ley 909 de 2004)

Dando continuidad al análisis planteado, es apropiado revisar de nuevo la norma superior, en su artículo 125, por ser este el precepto sobre el cual se edifica el principio de la meritocracia, la carrera a administrativa como bases de la función pública en Colombia. Por lo expuesto se trata de una norma de gran relevancia, para nuestro tema de estudio, la cual debe ser siempre abordada en conjunto con el artículo 40 de la Constitución, revisado anteriormente. Para un mejor entendimiento, se transcribe su texto así:

#### “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. Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. 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. 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. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.” (Constitución política de Colombia, 1991)

Son claros los mandatos de la norma superior, antes de su modificación, con respecto a los servidores públicos quienes ante todo deben honrar la constitución, más claro es el texto con respecto a la forma de ingreso, que sin excepción consagra el mérito como factor de única y obligatoria observancia. No así lo han visto hasta el momento los honorables miembros del Congreso, algunos directivos y con sindicatos, quienes en ocasiones han entorpecido el normal desarrollo del principio del mérito, faltando a la ética del servidor público al querer desestimar y manipular la Norma superior, tal y como se estudiará adelante.

### **El Servidor Público**

Hasta el momento queda clarificado el marco constitucional de la función pública, pero no sobra acudir a la definición emitida por la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP “El servidor es el sujeto de la función pública. Es la persona natural que de manera permanente desempeña, ejecuta o realiza funciones administrativas o de servicios” (...) En síntesis es una persona natural que se vincula bajo una relación de dependencia de una entidad estatal, la cual se vincula a la administración a través de una situación legal o reglamentaria o a través de un contrato (...)” (Bernal, 2008)

## Los Principios en la Función Pública

Como se expuso, las personas al servicio del estado están sometidas una completa reglamentación, en su proceder a unos claros postulados para tener en cuenta. La ley 909 de 2004 establece los principios de la función pública así:

### “Artículo 2

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:

a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;

b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;

c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;

d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.” (Ley 909 de 2004)

El mérito como se observa es principio, así como criterio de selección, que debe ser atendido en todo nombramiento que se realice sobre un empleo, especialmente tratándose de empleos de carrera. Esto ratifica lo pretendido por la norma superior y demás normas de Derecho internacional con respecto a la implementación del mérito, y si revisamos bien el texto, es sencillo descubrir que sin excepción más que con respecto a la de los empleados de libre nombramiento y remoción, todos los nombramientos sin excepción deben someterse al mérito. Desde la norma, o desde la técnica administrativa contemporánea, no es admisible que exista nombramiento alguno sin un previo examen o verificación, que soporte de algún modo las calidades o la idoneidad del aspirante más apto para el nombramiento. Dicho de otro modo, es necesario, en procura de atender los mandatos normativos que se definen en los procesos de selección, objetivos que blinden los nombramientos, de las tradicionales prácticas clientelistas.

Es inaceptable que, bajo un modelo de gestión del talento humano por competencias, en pleno siglo XXI, aún para algunos tipos de nombramiento, no exista reglamentado ningún

proceso de verificación o validación objetiva, de las competencias, de los aspirantes. Nos referimos al nombramiento en provisionalidad contemplado en la ley 909 de 2004 que recae sobre un empleo de carrera, el nombramiento en planta temporal y el nombramiento en empleo de libre nombramiento y remoción.

Es necesario para esos casos que se estipule un procedimiento abreviado o simplificado, de selección o simple evaluación, que permita dar cumplimiento al principio de la meritocracia, entre las personas que aspiren a ocupar dichos empleos, especialmente cuando se trate de un empleo de carrera, cuyo de selección criterio obligatorio, es el mérito.

Ahora bien, para que no quede duda alguna de la obligatoriedad en la aplicación del mérito y demás principios veamos otro segmento de la misma ley 909 de 2004:

“Artículo 3. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.”

(...) (Ley 909 de 2004)

Por lo visto, existe suficiente certeza al respecto de la obligatoriedad, de gestionar la normalización de los procesos de selección, que permitan la cabal implementación de la

meritocracia, sin embargo, dicho pilar constitucional cuenta con detractores, que al oponerse han obstaculizado la plena vigencia de la meritocracia.

### **Clasificación de los Servidores Públicos**

De acuerdo con el texto de la constitución política los servidores públicos se encuentran agrupados en tres grupos, para corroborar esto revisemos la norma:

“Artículo 123

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.” (Constitución política de Colombia, 1991)

La ley 909 de 2004 también contempla la clasificación de los servidores en los siguientes términos:

“Artículo. 1. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

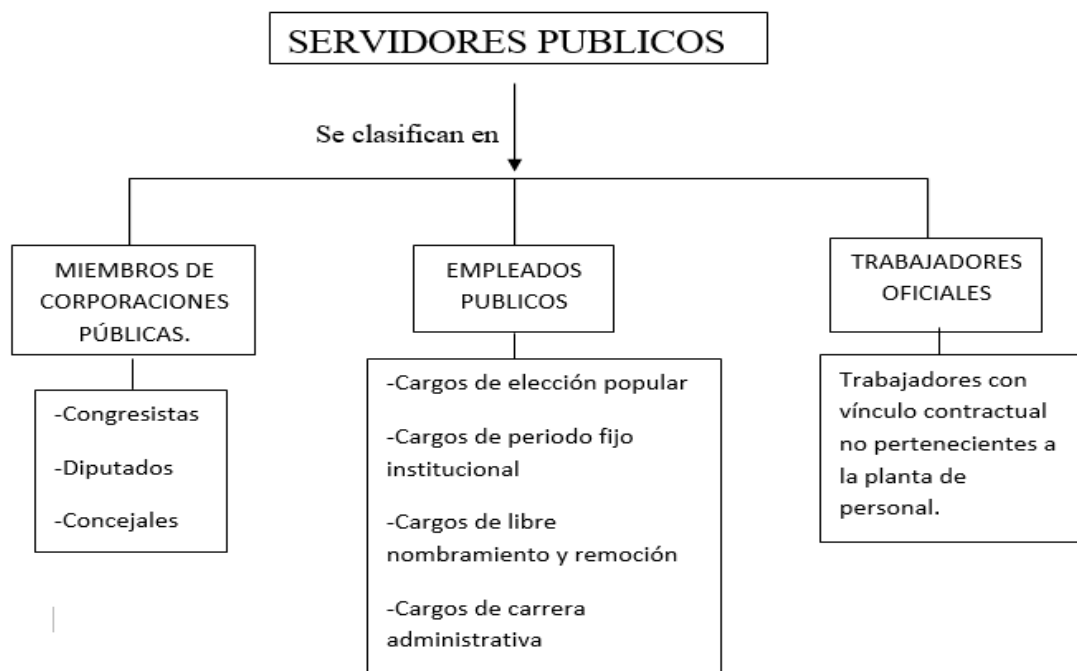
Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la

función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.” (Ley 909 de 2004)

Para dar una más clara ilustración veamos el siguiente diagrama:



**Grafica 1. Clasificación de los Servidores Públicos**



## La Carrera Administrativa y la Clasificación de los Sistemas de Carrera

Se debe afirmar que la carrera administrativa identificada en la norma como el sistema técnico de administración de personal, es el instrumento idóneo de gestión del talento humano y la respuesta a los avances encontrados en materia de gerencia del recurso humano, en lo relacionado con la selección del personal adecuado de acuerdo con las necesidades y basado en las competencias de los aspirantes. También se debe mencionar que la ley 909 de 2004 por la cual se regula el empleo público y la carrera administrativa es la consecuencia positiva, de compromisos adquiridos en la ya mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Carta Iberoamericana de la Función Pública y por supuesto en la misma Constitución Política de 1991, entre otras normas. Hechos los anteriores comentarios, es viable revisar los conceptos de la misma ley 909 de 2004, en donde se define la carrera administrativa así:

“Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.” (Ley 909 de 2004)

Cabe resaltar que el texto de la norma brinda prevalencia al mérito y a la igualdad de condiciones. No podría concebirse de otra manera, tratándose de un Estado Social de Derecho respetuoso de las garantías fundamentales. Pero aquí surge una de las preguntas

importantes, ¿Que motiva la existencia de una figura jurídica como el nombramiento en provisionalidad?, un tipo de nombramiento introducido en la norma, que no tiene reglamentación, ni procedimiento, que omite la aplicación de los criterios de selección, y que recae sobre el empleo de carrera. Ciertamente es inexplicable la existencia del nombramiento en provisionalidad, en vigencia de una clara normatividad, en materia de función pública, sin embargo, la conclusión a la que podría llegarse es que, al desatenderse el criterio del mérito en dichas vinculaciones realizadas en virtud del nombramiento en provisionalidad, este se encuentra totalmente viciado de nulidad por ausencia de legalidad.

Es decir que, partiendo de un análisis objetivo, es apropiado afirmar que el nombramiento en provisionalidad, que no se efectuó con observancia, aunque sea mínima del mérito, vulnera el mandato Constitucional contemplado en el artículo 125, ya que en este no se hace excepción alguna, imponiendo el criterio del mérito para cualquier nombramiento realizado sobre un empleo de carrera.

La falta de regulación y total ausencia de formalismos se presta para que se incurra en los tan conocidos nombramientos sin el lleno de los requisitos, para que se fomente la vinculación de personas únicamente por motivación personal o filiación política, propiciando el “amiguismo” y demás prácticas corruptas.

Concerniente a los sistemas de carrera que se aplican a las entidades, de acuerdo con sus condiciones particulares, se debe decir que hay tres grandes clasificaciones el sistema general de carrera administrativa, el sistema específico y sistema especial, cuya administración y vigilancia fue asignada por la Constitución en los siguientes términos:

“Artículo 130

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.” (Constitución política de Colombia, 1991)

Como antecedente, se debe recordar que en desarrollo de la convocatoria 01 de 2005, que el Congreso de la República en el año 2006, en un acto improvisado, y usando su facultad legislativa, le da una categoría de régimen especial de carrera a los cargos pertenecientes a la carrera administrativa de la fuerza militar y ministerio de defensa, clausura los procesos de selección iniciados al respecto, olvidando que en dicho proceso de selección para el personal civil (no uniformado) al servicio del sector defensa ya se había iniciado, proceso en el cual los aspirantes no lograron concursar a pesar de haber comprado los derechos de inscripción, con fundamento en la repentina reforma a la norma, ya que con esta se excluyeron de la oferta pública de empleo, dichos cargos ofertados. El perjuicio causado a la meritocracia, así como al interés público, es incalculable, con la evidente burla a los participantes, que tan solo hasta el año 2019, es decir más de trece años después, vieron de nuevo la oportunidad de aspirar a los empleos del sector defensa. Lo cual constituye una falta a la moralidad administrativa, a la confianza legítima, y una afectación a los derechos del ciudadano participante.

Revisada la irregularidad suscitada, se puede advertir que, no existió fundamento o justificación alguna para excluir los cargos del personal no uniformado del sector defensa, del sistema general de carrera ni de la convocatoria 01 de 2005, más que la de proteger los intereses personales de quienes convirtieron la función pública en su negocio personal. Se debe recordar que aún con claro conocimiento de que la convocatoria es generadora de un

vínculo de obligatoriedad, el Congreso de la República procedió en contra de las normas del concurso. Con total certeza que dicha alteración en la clasificación de tales empleos no podía afectar los procesos iniciados, por cuanto se vieron afectados los derechos de los participantes y la convocatoria misma. Sin embargo, valga decir que la Convocatoria 01 de 2005, posteriormente fue objeto de múltiples ataques, que buscaron acabar con la meritocracia en Colombia.

Adquiere más solidez la postura acerca de la maniobra engañosa, impuesta a través de la Ley 1033 de 2006 la cual declara el sistema especial de carrera en los cargos civiles de las fuerzas militares, al analizar las causas que originan el nacimiento de un sistema específico o especial de carrera, tema que es conceptualizado por el Dr. Carlos Pachón en su texto así:

“La proliferación de carreras especiales y sistemas específicos tiene su razón de ser en las siguientes consideraciones:

- Asegurar la separación de las ramas del poder público. Son el caso de la carrera judicial y del personal administrativo de la rama legislativa.
- Proteger la independencia y la misión de organismos definidos por la constitución como autónomos, independientes o de régimen especial (C.P. Art 113). Se justifican de esa manera las carreras, de la Fiscalía General de la Nación, de la procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República.
- Preservar la especialización de recursos Humanos en áreas estratégicas del Servicio público. Tienen esta justificación los siguientes servicios; docente, diplomático y consular, el de la Registraduría, DIAN, INPEC (...)” (Pachon Lucas, 2008)

Como es claro, el personal administrativo, no uniformado de las entidades que conforman el sector defensa, no se encuentra dentro de esos criterios, sin embargo, la norma determino la modificación del régimen de carrera, de forma apresurada sin considerar las repercusiones para la meritocracia. En otro aparte del mismo texto se establece en el mismo sentido que:

“Las carreras especiales y los sistemas específicos permiten dar forma a grupos de empleados con preparación especializada, escalas salariales, incentivos y regímenes de responsabilidades particulares.

Garantizar la independencia de los organismos de vigilancia frente a los organismos oficiales vigilados. Son los casos de las superintendencias.” (Pachon Lucas, 2008)

Continuando con el análisis, la carrera administrativa fue objeto de pronunciamiento por parte del órgano de cierre constitucional, en el cual se precisó lo siguiente:

“El sistema de carrera hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991. A esa conclusión ha llegado este Tribunal con fundamento en tres (3) criterios: (i) Criterio histórico. Según este, “durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de ‘amiguismo’ o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los

cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes”. (ii) Criterio conceptual. Desde esta perspectiva, la carrera administrativa es un principio de naturaleza constitucional que cumple el doble propósito de “servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público”, así como “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 finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes”. (iii) Criterio teleológico. Sobre el particular la Corte ha señalado que el régimen de carrera apunta a la realización de varios fines constitucionalmente valiosos: “cumplir con los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público”, a través del concurso público de méritos que permite la escogencia de los aspirantes más idóneos; protege el derecho político de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (arts. 13 y 40-7 CP), con la exigencia de un concurso público abierto y democrático en el que solo se deben evaluar las aptitudes y capacidades de los aspirantes; y por último, hace efectivos los derechos subjetivos de los empleados públicos, en especial en cuanto a su estabilidad laboral (art. 53 CP).” (Corte Constitucional, Sentencia C- 285 de 2015)

En este punto, es preciso señalar que la Comisión Nacional del Servicio Civil, como ente origen constitucional, tiene a su cargo la vigilancia y administración del sistema general y sistemas específicos de carrera. Esto de acuerdo con lo observado en la ley 909 de 2004 en sus Artículos 3 y 4. Así mismo fue definido por la Corte Constitucional, en donde además se realiza la descripción de cada sistema de carrera, en los siguientes términos:

“La carrera administrativa en Colombia se organiza en tres grandes categorías o modalidades:

(i) El sistema general de carrera, al que hace referencia el artículo 125 de la Constitución, regulado en la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. Su campo de aplicación está definido en el artículo 3° de dicha normativa y comprende una gran parte de los empleos en la administración pública en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado.

(ii) Los sistemas especiales de origen constitucional, que por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, siempre con observancia de los principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad.

(iii) Los sistemas especiales de carrera de origen legal. Son aquellos que pesar de no tener referente normativo directo en la Carta Política, se conciben como una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública.” (Corte Constitucional, Sentencia C- 285 de 2015).

## **El Principio del Mérito y el Concurso**

Existe suficiente claridad al respecto, el mérito es de obligatoria observancia cualquiera que sea la forma del nombramiento, más claro está tratándose de un cargo de carrera administrativa. La meritocracia es un principio que al tenor de las normas nacionales e internacionales debe implantarse en lo más profundo de la función pública y es además un pilar de nuestra constitución política.

Es equivoco pensar que, figuras como el nombramiento en provisionalidad o en encargo, están exentas de cumplir con el requerimiento meritocrático, y aunque en la práctica las maquinarias clientelistas prefieran por lógicas razones evadir los procedimientos transparentes de selección, los mandatos normativos son claros. El mérito debe ser tenido en cuenta en toda modalidad de ingreso al sector público, bien sea que se trate de, un nombramiento en carrera resultado de un concurso de méritos, o un nombramiento en provisionalidad con fundamento en lineamientos de escogencia objetivos en los que se defina un procedimiento abreviado o simplificado para la selección del aspirante más apto. Obviar la realización de un proceso de selección, previo a la designación del servidor público, en un empleo de carrera, no solo es contrario a la norma y los principios Constitucionales, también es improcedente desde la práctica contemporánea administrativa, sin importar el tipo de organización, ni el tamaño. Se reitera que la norma constitucional no hace excepción, respecto de la aplicación del mérito para la designación de empleados públicos en empleos de carrera administrativa. Es acertada esta acepción si entendemos que la falta de dichas formalidades, además generan un escenario propicio para la toma de decisiones desacertadas y el fomento de comportamientos tan injustos como los tratos preferentes o excluyentes en el sector público, así como la obstrucción del ejercicio de garantías fundamentales como ya se



habló, facilitando el ejercicio de la corrupción y prácticas excluyentes violatorias de los derechos.

No está de más recordar como antecedente histórico “la ley de restauración de la administración pública” proferida el 7 de abril de 1933 por el régimen nazi, en donde se buscó excluir del empleo público a los judíos, para beneficiar la entonces considerada raza aria en la Alemania Nazi. Para una mejor comprensión se presenta el siguiente fragmento:

“(…) La ley de restauración de la administración pública fue promulgada el 7 de abril de 1933, un mes después de la victoria del partido Nazi liderado por Adolf Hitler. Esta ley decretó que los funcionarios y empleados judíos, así como aquellos “políticamente poco fiables” fueran excluidos de la administración pública. La nueva ley fue la primera que incluyó el llamado párrafo ario, utilizado después en distintas normas para excluir a los judíos (y por extensión a otros no arios) de distintas organizaciones, profesiones y sectores de la vida pública. Sucesivamente, leyes y decretos limitaron el número de estudiantes judíos en las escuelas y universidades alemanas (...)” (Suarez Gonzalez, 2019)

Todo concurso cuenta con una clara normatividad y regulación, la cual es conocida por el participante desde el principio, tanto las etapas, pruebas y demás términos en su totalidad, son aceptados en forma tácita con el solo hecho de concurrir al llamado y formalizar la inscripción al proceso. Inscripción con la que nace un vínculo de estricto cumplimiento entre las partes, es decir entre el aspirante y la administración, así como la responsabilidad de llevar a feliz término el proceso de selección previamente planificado. La Ley 909 de 2004 se ocupa de desarrollar organizadamente lo concerniente al respectivo proceso de selección, para acceder al nombramiento en carrera, norma que fue objeto de

reciente modificación mediante la ley 1960 de 2019, por lo que resulta procedente revisar el texto original:

“Artículo 29

Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.” (Ley 909 de 2004)

Como se observa, la norma original establece sin limitación alguna, el concurso de méritos abierto para todas las personas, pues tratándose de un derecho fundamental, es correcto evitar preceptos que generen exclusión o limitación al ejercicio y disfrute del derecho. Sin embargo, como se comentó, la Ley 1960 de 2019 introdujo una vez más, una regulación normativa perjudicial a la meritocracia, contraria a la meritocracia, y demás garantías fundamentales, al restringir el concurso de méritos al crear el concurso de ascenso - cerrado. Dicha modificación normativa lo define el concurso de ascenso –cerrado así: “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.” Como se observa se trata de un concurso para el acceso al empleo de carrera, en donde solo podrán participar los mismos empleados de la entidad pública, ya inscritos en carrera, creando una limitación para quienes no pertenezcan a la carrera administrativa, al momento de realizarse el concurso de méritos. Norma evidentemente retrograda que para nada se ajusta a los mandatos constitucionales, un nuevo ataque a la meritocracia de su enemigo natural, el Congreso de la República.

## **Clases de Nombramiento en los Cargos de Carrera Administrativa**

### ***Nombramiento ordinario– Concurso de Méritos***

De acuerdo con lo establecido en la ley 909 de 2004, el nombramiento ordinario, en el empleo de carrera, se presenta cuando luego de expedida una lista de elegibles, en desarrollo de un proceso meritocrático, toma posesión del empleo ofertado, el elegible con posición preferente. Dicho de otro modo, el nombramiento ordinario, producto de un concurso de méritos, debe ser la regla general.

Debe entenderse que se trata de un nombramiento de ingreso a la carrera en aquellos casos, en donde el elegible posesionado, no pertenece a la carrera administrativa de la entidad. Por otra parte, cuando el nombramiento recae sobre un empleado de la entidad, ya inscrito en carrera administrativa, deberá entenderse que se trata de un nombramiento en ascenso. Clasificación de los nombramientos, que está claramente establecido en el artículo 23 de la ley 909 de 2004.

### ***Nombramiento en encargo***

Respecto del nombramiento en encargo, regulado en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 es apropiado señalar que, este tipo de nombramiento es una modalidad temporal de ascenso, ya que es aplicable, tan solo a los empleados de carrera, que se encuentren en un grado inferior del empleo declarado en vacancia. El nombramiento en encargo es un derecho, siempre y cuando se cumpla con los requisitos del empleo a ocupar. En algunas entidades el encargo ya está operando correctamente, sin embargo, en otras, se obstaculiza este tipo de designación, creando en ocasiones requisitos extralegales, para dar vía libre al nombramiento

en provisionalidad, que es un nombramiento de tipo residual, pero más apetecido, por garantizar más libertad en la designación.

### ***Nombramiento en provisionalidad- informalidad total y filiación política o parentesco***

La misma ley 909 de 2004, concibió una figura como el nombramiento en provisionalidad, forma de nombramiento que escapa a cualquier lineamiento, o parámetro de selección, pues no tiene reglamentación alguna. Dicho de otro modo, es el tipo de nombramiento apetecido, por las maquinarias clientelistas, al no estar condicionado por ningún procedimiento. El nombramiento en provisionalidad es una de las más nefastas figuras, por conceder un excesivo libre albedrío al nominador, encargado de realizar el nombramiento.

Para esta clase de nombramiento (provisional), que debe entenderse de tipo residual, es decir tan solo procede ante la imposibilidad de realizar un nombramiento en encargo, o un nombramiento en periodo de prueba resultado de un concurso, no hay convocatoria u oferta pública alguna, no procedimiento de selección de ningún tipo, por ausencia de reglamentación. Aún tratándose de un nombramiento residual, como se indica en el artículo 25 de la ley 909 de 2004, en muchas de las entidades del sector público, aún es muy utilizado, bajo la justificación de que aún no se ha logrado adelantar concurso de méritos por parte de la CNSC. Queda entonces claro que, al entorpecer los concursos de méritos, se propicia en gran medida, la posibilidad de realizar los tan apetecidos nombramientos en provisionalidad, llamados coloquialmente “nombramientos a dedo”.

## **El Derecho a Participar – Libre Concurrencia**

Dando continuidad al análisis planteado, es apropiado señalar que el artículo 31 de la misma ley 909 de 2004, se establecen las etapas del proceso de selección, definiendo el reclutamiento en las siguientes palabras:

“2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.” (Ley 909 de 2004)

Igualmente, en su artículo 28, la ley tratada se consagran los principios que rigen el ingreso y ascenso para los cargos de carrera, tales como el mérito, la libre concurrencia e igualdad, transparencia, garantía de imparcialidad, entre otros postulados. Por mandato legal la convocatoria tiene fuerza vinculante, y genera obligatoriedad entre las partes, por ser la norma reguladora del concurso, de conformidad con la ley 909 de 2004 en su artículo 31.

Debemos entender en este momento que el propiciar acceso a los cargos públicos, es una obligación del Estado y es Derecho de toda persona por el solo hecho de serlo, el poder acceder a los mismos. Visto de otro modo el requisito indispensable para poder optar por un cargo público, es el de ser persona natural, y ciudadano. Así lo establecen las normas ya citadas, el orden justo y el interés general.

Ahora bien, lo anterior significa que todo ser humano con el solo hecho de nacer tiene la expectativa de llegar a ser servidor público. En este sentido debemos ir tan lejos como podamos en la protección del mencionado derecho, adicionando que las expectativas tan bien

deben gozar de protección especial por parte del estado, tal y como reza el principio de la confianza legítima.

Es por esto por lo que espacios tales como los que brinda el concurso de méritos deben ser cada vez más amplios y protegidos de arbitrariedades, tales como las que pretenden imponer los opositores de la selección meritocráticos de funcionarios. Deben bajo el actual marco constitucional, ser erradicadas las modalidades de selección subjetiva en el sector público, especialmente cuando se trate de empleos de carrera.

De esta forma lograr en el conglomerado social, el respeto por la institucionalidad y la admiración por la organización estatal, así como la eliminación de la creencia de que ocupar los cargos públicos, es un privilegio casi inalcanzable, solo probable para quienes militan motivados por intereses personales, en la política.

Una vez más queremos mencionar que el derecho a ocupar cargos públicos, contemplado en la norma superior en el Artículo 40-7, es considerado por dicho texto como derecho fundamental de inmediata aplicación y protección. Es decir que todo ciudadano sin excepción puede acceder al sector público, derecho que en ningún momento se debe ultrajar.

### **La Comisión Nacional del Servicio Civil**

La Comisión Nacional del Servicio Civil, es un ente autónomo e independiente, no perteneciente a ninguna de las ramas del poder público, concebido en la constitución política en su artículo 130. Tiene a su cargo la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, que no tengan el carácter de especiales, así como también tiene asignada la función consultiva en materia de carrera administrativa. En uso de tales atribuciones, adelanta los

procesos de selección meritocráticos, hasta su culminación con la expedición de las listas de elegibles, las cuales reposan en el banco nacional de listas de elegibles administrado por la CNSC.

### **La Provisionalidad Herramienta De Corrupción**

Es por medios conocido que, desde hace varias décadas las contiendas electorales se libran no entorno a buenas propuestas o programas de mejoramiento, si no a promesas a particulares, comprometiendo en muchas ocasiones lo público. Actualmente la corrupción no solo persigue manipular la contratación pública, su apetito va más allá alcanzando también las plantas de personal, pretendiendo disponer de ellas como si hicieran parte de sus empresas privadas, reservándose los nombramientos para los más allegados. Es así como ante la promesa de nombramientos provisionales, o el otorgamiento de contratos de prestación de servicios, se seduce a los electores.

Como ya se analizó en su momento, el nombramiento en provisionalidad es una figura que, por sus características, permite realizar nombramientos con una impresionante ligereza, con total libertad y sin ningún tipo de trámite previo de selección o verificación. Figura establecida en la ley 909 de 2004, que, por sus características, es contraria a las prácticas administrativas y violatoria de la Constitución.

Un ejemplo de la defensa obstinada de los nombramientos en provisionalidad se observa en entidades como la Fiscalía General de la Nación, la Registradora Nacional de Estado Civil, el Congreso de la República, entre otras, en las cuales el concurso de méritos y el nombramiento en carrera, han sido desplazados por el “nombramiento a dedo”.

Otro ejemplo de obstaculización de la meritocracia puede evidenciarse en las demandas en muchas ocasiones sin fundamento, que se presentan contra la CNSC, con el ánimo de anular, o dilatar los procesos de selección.

En los casos más insólitos, los mismos sindicatos han demandado para que se desconozca las normas de carrera y los derechos de los aspirantes, para proteger a los empleados nombrados en provisionalidad, como se evidencio en la Convocatoria 428 de 2016. En este caso mediante demanda de nulidad, el Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo, persiguió como organización sindical, dilatar y obstruir el proceso meritocrático adelantado para la provisión de empleos del Ministerio de Trabajo. Afortunadamente mediante el fallo emitido por el Consejo de Estado, se ratificó el procedimiento adelantado por la CNSC, y se dio continuidad al proceso de selección que significo el nombramiento de más de 400 Inspectores de trabajo y seguridad social, por vía meritocrática, en el año 2019. No obstante, la Ministra de Trabajo Alicia Olmos en ese entonces, públicamente manifestó su oposición a los procesos meritocráticos, los nombramientos se realizaron, en algunos casos por mandato judicial obtenido mediante acción de tutela, al evidenciarse el desconocimiento de los derechos adquiridos, y el derecho a de acceso a la función pública, por parte del Ministerio del Trabajo.

Un caso semejante, se presentó en la Convocatoria 429 de 2016 en donde se ofertaron empleos del departamento de Antioquia, a través de proceso abierto de selección, ante lo cual el Gobernador de Antioquia de aquel momento, Luis Pérez, decidió demandar la nulidad de la convocatoria, obteniendo la suspensión provisional de la misma. Afortunadamente el fallo definitivo, de nuevo beneficio el proceso meritocrático, el cual culmino con éxito.



No obstante, los procesos de selección por competencias materializan la meritocracia, y deberían tener una total aceptación, al corresponder con los principios constitucionales, esta evidenciado que la gestión transparente del talento humano no satisface ciertos intereses, que sin escatimar esfuerzo y de manera pública atentan contra la meritocracia.

### **El Caso Camilo Herrera: Un Golpe a La Institucionalidad del INMLCF**

Como ejemplo fehaciente de las consecuencias que trae la informalidad en lo que tiene que ver con la gestión de lo público, es pertinente recordar el caso del falso médico Psiquiatra Camilo Herrera vinculado al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Analicemos lo que al respecto se publicó en un medio de amplia circulación, como lo es el periódico El Tiempo:

“El Fiscal del caso aseguró que Camilo Herrera cometió engaños en los últimos 20 años.

En la audiencia de imputación de cargos, el falso siquiatra aceptó los tres cargos que la Fiscalía le imputó: falsedad en documento público y privado, falso testimonio y fraude procesal.

Además, el fiscal aseguró que Herrera no solo cometió engaños en Medicina Legal, pues su vida de falsedades se remonta a 20 años.

Es decir, las autoridades también revisarán sus actuaciones como funcionario del Inpec y como decano en uno de los centros de educación superior.” (EL TIEMPO, 2012)

A la fecha, el impostor se había desempeñado en más de una entidad, con vinculaciones, que, por supuesto no obedecieron a ningún tipo de convocatoria o proceso de selección, ni validación de tipo alguno.

Sin embargo, es evidente que el Señor Camilo Herrera, en su trayectoria como servidor público por más de 20 años, obtuvo dichos nombramientos o favores laborales, de la mano de alguien, es decir sus nombramientos y los de tantos otros servidores en Colombia, solo obedecen a la ligereza y a la aplicación de las conocidas cuotas políticas, tan usadas por los corruptos en Colombia.

Ahora los cuestionamientos a las tantas intervenciones, como servidor, realizadas por el Señor Herrera en su actividad en el INPEC y en el INMLCF, no se han hecho esperar, y como es justo, los señalamientos ponen en entredicho la labor no únicamente de las entidades relacionadas con el escándalo, sino de toda la administración, puesto que se deja al descubierto la falta de rigor por parte del estado, en la correcta aplicación de los procedimientos de selección de personal.

Un aparte más de la publicación realizada por el periódico El Tiempo, revela con más crudeza la delicada situación:

**“Dictamen dejó en libertad a asesino**

El dictamen que Camilo Herrera Triana hizo al señalado asesino de Héctor José Páez, tesorero de la Secretaría de Educación de Boyacá, permitió que este quedara en libertad. Así lo asegura Diego Páez, hijo de la víctima, quien contó que su padre fue asesinado en el 2002, cuando adelantaba una investigación sobre malos manejos de dinero en el departamento.

Por el crimen, las autoridades capturaron a Jaime Chaparro Vargas, pero dos meses después un juez lo dejó en libertad argumentando el diagnóstico mental firmado por Herrera Triana. El falso médico dictaminó que Chaparro sufría de celotipia, enfermedad que aparentemente no dejó razonar con claridad al victimario, motivo por el que el señalado asesino fue declarado inimputable.” (EL TIEMPO, 2012).

Con seguridad, un proceso meritocrático, con sus respectivas etapas y pruebas, hubiera arrojado como resultado a un servidor más capacitado, comprometido con su profesión e idóneo.

### **La Convocatoria 01 de 2005**

Más de seis años de obstáculos, provocados por ataques a la meritocracia soporto este proceso de selección, generándose con ello cuestionamientos al procedimiento, así como afectación a los participantes. Retrasos provocados por el legislador que con la clara intención de buscar las estrategias para cercenar merito, extralimito sus facultades legislativas, boicoteando los procesos meritocráticos, para beneficiar “los recomendados políticos”.

De todas maneras, gracias a Dios, que siempre ha estado del lado de los justos y de los desventajados, que creen en el mérito y que gozan únicamente de sus capacidades para

acceder algún día a un cargo público, la convocatoria 01 de 2005, logro superar cada obstáculo con la muy significativa contribución de la Corte Constitucional, que mediante de monumentales fallos, siempre ha defendido la meritocracia.

Es apropiado recordar que los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, ambos actos reformatorios de la constitución persiguieron expulsar la meritocracia de la norma constitucional, impactando severamente con ello, los procesos meritocráticos en proceso, entre ellos la histórica Convocatoria 01 de 2005. Actos legislativos que mediante emblemáticos fallos fueron expulsados del ordenamiento jurídico, por estar claramente viciados, y contener mandatos contrarios a la constitución. No podría ser de otra manera cuando el dolo con que actúa el legislativo desafiando los fallos constitucionales, es tan evidente.

El ciudadano a pesar de gozar del derecho a concursar no cuenta con respaldo o certeza alguna, pues lamentablemente el Estado no siempre ofrece garantía de llevar el proceso de selección a feliz término, respetando las reglas acordadas. En el caso de la Convocatoria 01 de 2005, se evidencio, como un proceso meritocrático en trámite, fue puesto en riesgo, debido los intereses de ciertos intereses del órgano legislativo. La manipulación del empleo público es la expresión máxima de la corrupción al interior del estado, la mayor falta a la moral administrativa y la más grande violación al principio de la confianza legítima.

Uno de los atentados más evidentes contra la meritocracia, orquestado desde el Congreso de la República, fue el acto legislativo 01 de 2008, una reforma transitoria a la constitución que permitió la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, de los empleados nombrados en provisionalidad. Con dicha reforma se buscó cercenar el pilar de la

meritocracia, del ordenamiento constitucional, favoreciendo con la inscripción en carrera sin proceso meritocrático, a los ciudadanos con nombramiento en provisionalidad. En el mismo texto del acto legislativo, en el que se ordenaba la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, se concedía tres años a la CNSC, para dichos efectos, veamos

“(..).Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales.” (Congreso de la República, 2008)

Evidenciándose con la expedición de dicha norma, una falta de tecnicismo y planeación, en la gestión legislativa, que ha sido una constante en los últimos años. Es menester señalar que, para aquella época, la CNSC intervino en procura de no afectar la meritocracia y los procesos en trámite.

Dicha reforma, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, por considerarse violatoria de la constitución, al evidenciarse un vicio de competencia por parte del Congreso y una sustitución de la norma superior.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C - 588 de 2009 en sus consideraciones, rescato el pilar de la meritocracia, y el derecho a la igualdad, expresando además lo siguiente:

“(..). En resumidas cuentas, el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 reemplaza la regulación general que sobre la carrera administrativa consagra el

artículo 125 de la Constitución, pues establece un régimen distinto para acceder a la carrera, régimen del que son beneficiarios determinados servidores y, fuera de reemplazar lo regulado, suspende transitoriamente la vigencia del artículo 125 superior, para que “durante un tiempo de tres años” opere el régimen contemplado en el párrafo adicionado a la preceptiva constitucional reemplazada y suspendida. (Corte Constitucional, 2009) (...)

La competencia del legislador para determinar las excepciones a la carrera administrativa se ejercita debidamente, “siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”, ya que la alteración de ese orden se traduce, además, en la incorporación de “discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad”. Dado que “la instancia legislativa no ejerce una capacidad omnímoda, pues el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida se encuentra limitado por las situaciones que la Carta ha tenido en cuenta para la fijación del régimen de carrera y por los criterios jurisprudenciales desarrollados por esta Corporación (...)” (Corte Constitucional, 2009)

En dicho segmento, la Corte Constitucional, reitero que la actividad legislativa, tiene unos límites, de estricta observancia que evidentemente desatendió, con dicha reforma Constitucional. El acto legislativo 01 de 2008, implicó la suspensión de los procesos meritocráticos entre ellas, la convocatoria 01 de 2005. Afortunadamente mediante la declaratoria de Inexequibilidad de dicho acto legislativo, se reactivaron los procesos de selección en trámite.

En un nuevo intento por desconocer el pilar de la meritocracia, el Congreso mediante un acto desafiante de irrespeto a la doctrina constitucional, expidió el acto legislativo 04 de 2011, concediendo ahora un trato diferenciado dentro de la contienda meritocrática, a los empleados nombrados en provisionalidad.

Es decir, en esta oportunidad, no se perseguía un acceso automático a la carrera administrativa, si no condiciones más fáciles de acceso, para los empleados provisionales, y en perjuicio de los aspirantes externos, o no pertenecientes a la entidad.

De nuevo la Corte Constitucional, presento una decisión emblemática, por medio de la Sentencia C -249 de 2012, en donde declaro la inexecutable de la reforma. El acto legislativo también significo un retroceso para la meritocracia, pues implico en trato diferenciador y excluyente. Al respecto la Corte Constitucional determino lo siguiente:

“(…) Así mismo se comprueba que con dicho Acto Legislativo se estarían sustituyendo los principios de mérito e igualdad para el ingreso, permanencia y ascenso sin que se aprecie una justificación constitucionalmente legítima para otorgar dicho privilegio. A juicio de la Corte, la permitida homologación de la prueba de conocimientos por experiencia o estudios adicionales coloca en una desventaja evidente a los demás concursantes (…)”  
(Corte Constitucional, 2012)

Dicha reforma también impacto la Convocatoria 01 de 2005, suspendiéndola de nuevo, la cual finalmente, logro culminar con éxito en el año 2010, es decir cinco años más tarde, registrándose que la mayoría de los nombramientos se efectuaron en el año 2011.

## Observaciones a la Ley 1960 De 2019 -El Concurso de Ascenso Cerrado

Como fue analizado, la ley 909 de 2004 es la norma especializada por medio de la cual se regula el empleo público. Desde el año de entrada en vigor de la norma a la fecha se han realizado más de 500 concursos de méritos, claro está en medio de obstáculos, generados a propósito, por los detractores naturales de la meritocracia.

Aun así, no existe justificación alguna para que después de más de 10 años, de expedida la ley 909 de 2004, exista alguna entidad en el Estado, sea cual sea el sistema de carrera al que pertenezca, para no haber implementado los concursos, de acuerdo con analogía ordenada por dicha norma especializada, en los casos de ausencia de la respectiva reglamentación.

Ahora bien, mediante la Ley 1960 de 2019, fue introducida una modificación al marco normativo de la carrera administrativa, el concurso de ascenso cerrado, como modalidad de acceso al empleo de carrera administrativa, en el cual solo pueden participar empleados inscritos en carrera administrativa. Modalidad de concurso evidentemente contraria a los postulados constitucionales, por atentar con el mérito y la igualdad de oportunidad de acceso al empleo público. Dicha norma ya fue demandada, por inconstitucionalidad, y se espera que como debe ser, la decisión de la Corte Constitucional sea la declaratoria de inconstitucionalidad.

Mediante dicha norma se establece que las entidades públicas, quedan facultadas para viabilizar la realización de procesos de ascenso y cerrados de selección, de observarse que existen en la planta de personal, funcionarios con posibilidad de ascenso.



La norma es excluyente, en el sentido de priorizar el concurso de ascenso cerrado, convirtiendo el concurso de méritos abierto, en un proceso residual, en el que se ofertan solo el 70% de las vacantes, no apetecidas por los empleados de carrera y que no fueron ofertadas en el concurso cerrado. Un trato diferenciador no admisible, tampoco soportable, por comprometer derechos humanos, cuya restricción no es procedente, bajo nuestro marco constitucional.

Se impone una carga para los ciudadanos, no inscritos en carrera administrativa, que no están obligados a soportar, en perjuicio de los derechos propios; pero en beneficio de una categoría de ciudadanos (empleados de carrera), tornando las condiciones del concurso de ascenso (cerrado), en desproporcionadas e injustificables limitaciones a los derechos.

### **Propuesta para la Correcta Implementación del Mérito**

La implementación del mérito es la más fuerte manifestación del orden justo y la igualdad, también es la más clara evidencia del respeto por las garantías fundamentales y por ello la implementación de los procesos meritocráticos debe tenerse en todas las entidades como prioritaria dentro de las actividades institucionales y contemplarse sus costos de forma estricta, en los respectivos presupuestos.

De acuerdo con la constitución política, la meritocracia es el criterio fundamental, en la designación de empleados públicos, es regla general, de la gestión del talento humano estatal. Es por ello por lo que es inconcebible, que por medio del nombramiento en provisionalidad o la creación de plantas temporales, se persiga desatender el mandato superior del mérito. Es inaudito que se pretenda interpretar, el nombramiento en

provisionalidad, como un tipo de nombramiento especial; exento de controles, para el cual no opera el criterio del mérito.

El Servicio de Empleo Público, liderado por el SENA, en un ejercicio de Coordinación y articulación institucional, podría aunar esfuerzos con la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, para crear bancos de elegibles, destinados a efectuar nombramientos en provisionalidad o en planta temporal, bajo las directrices, el control y la vigilancia de la CNSC. Esto a modo de propuesta, y teniendo en cuenta la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, de fomento de empleo bajo criterios de igualdad. Recordemos que las oficinas de servicio público de empleo (SENA) tienen origen en las disposiciones de la organización internacional del trabajo, las cuales son de estricto cumplimiento para Colombia. En ese sentido es pertinente, buscar el mayor aprovechamiento de dicha instancia, procurando un lineamiento claro y objetivo, que saque de la oscuridad o imprecisión normativa, la figura del nombramiento en provisionalidad, de la cual se abusa en exceso.

Otra alternativa, para implementar la meritocracia y publicidad, en el nombramiento en provisionalidad, es la de realizar una pública invitación, a los interesados en acceder al nombramiento en provisionalidad, en todo caso dando prevalencia a quienes se encuentren en listas de elegibles, vigentes o no, de la respectiva entidad. Dicho de otro modo, se propone la utilización de listas de elegibles, aún cuando no estén vigentes, como mecanismo para la provisión de tipo residual como lo es la provisionalidad, en el entendido de que quienes ya han superado procesos de selección y hacen parte de dichas listas de elegibles, han demostrado idoneidad suficiente y gozan de un mejor derecho de acceder al nombramiento en provisionalidad, respecto de quienes nunca han concursado. En todo caso las Comisiones de

personal, deberán actuar como garantes del proceso de escogencia del empleado en provisionalidad, los cuales podrán rendir concepto previo al nombramiento y oponerse al mismo, ante la CNSC quien deberá resolver.

Dicho lo anterior, es necesario que se reglamente o direcciona, de forma clara el nombramiento residual en provisionalidad, bajo un procedimiento abreviado, el cual debe operar bajo claros parámetros constitucionales, como una alternativa ante la ausencia del proceso de selección, pero valga aclarar; como una alternativa que no desconozca los DDHH y los pilares de la constitución, como sucede en la actualidad, con el nombramiento provisional.

Por otra parte, se hace necesario que los trámites legislativos en los que se involucre la carrera administrativa, o se límite el derecho de acceso a la función pública, sean adelantados, considerando los conceptos de la CNSC y la Doctrina constitucional, por ahora desatendidas por nuestro órgano legislativo. Es pertinente que, en materias, en donde se involucren DDHH, se incorpore al trámite legislativo una instancia, de revisión de los proyectos de normas, en cada una de las cámaras, del órgano legislativo.

Es imprescindible así mismo, el robustecimiento de la CNSC, en procura de que tenga mayor rango de operatividad, así como desconcentración en el territorio nacional, y una vigilancia más constante sobre las entidades territoriales, ubicadas fuera del distrito capital, en donde se ubica la sede de la CNSC. En ese sentido los empleados nombrados en empleos de carrera, indistintamente cual sea el tipo de nombramiento, deberían destinar el 0.1% del salario básico percibido, para efectos de fortalecer el sistema técnico de administración de personal, inyectando recursos a la CNSC, de manera constante. Así mismo se debe evaluar el

hacer exigible, por una sola vez, al empleado disfrute de un nombramiento en encargo, el pago de una contribución a la meritocracia con destino a la CNSC, consistente en el pago del 40% de la diferencia, entre el salario del empleo del cual se es titular y el salario del empleo sobre el cual se otorga el encargo (ascenso). Del mismo modo, con el ánimo de generar una última opción recaudo, se propone la creación de estampilla en procura del mérito y la carrera administrativa, equivalente al 20% de un día de salario mínimo legal vigente, la cual se deberá comprar, y anexar al acta de posesión, en cada nombramiento que se efectúe, como requisito indispensable. Los Recursos de la estampilla serán destinados a una Procuraduría delegada para la vigilancia de la carrera administrativa, creada para dichos fines, exclusivamente.

De esa forma la CNSC podría contar con suficientes ingresos, para optimizar su función constitucional. Por otra parte, las Comisiones de Personal de que trata la ley 909 de 2004, deben convertirse en verdaderos órganos asesores, con facultades para aprobar o improbar los nombramientos en encargo y en provisionalidad, ajustándose a las disposiciones de la CNSC. Finalmente, deben fortalecerse los organismos de control, creando oficinas especializadas para la vigilancia de la carrera administrativa, por medio del Ministerio público.

## Conclusiones

El derecho de acceso a la función pública, materializado por medio de los parámetros ofrecidos por la carrera administrativa en Colombia, aún no logra satisfacer las expectativas, de la norma superior, toda vez que como fue analizado, existen fuertes detractores de la implementación de la carrera administrativa. En ese sentido se hace necesario, fortalecer a la CNSC, para optimizar su gestión e imponer sanciones drásticas a quienes se opongan a la implementación de la meritocracia.

Por otra parte, el Congreso de la República, debe legislar más cuidadosamente, tratándose de asuntos relacionados con el derecho de acceso a la función pública, puesto que como se logró evidenciar, la falta de pulcritud y técnica legislativa, han sido una constante que afortunadamente la Corte Constitucional, ha logrado advertir en varias oportunidades. Así mismo se evidencia poco desarrollo jurisprudencial, respecto de la responsabilidad por el hecho del legislador, lo cual se hace necesario, para evitar que, desde el legislativo, se siga persiguiendo con evidente dolo la obstaculización de la meritocracia.

Por todo lo descrito, el cumplimiento de los postulados de la Carta Iberoamericana De La Función Pública, y la ley 909 de 2004, respecto del acceso a la función pública debe adoctrinarse, en todas las oficinas de personal del sector público, estableciendo límites a los nominadores, que impidan hacer de las plantas de personal, los fortines políticos tan disputados, en medio de la eterna e infructífera, contienda política colombiana. Para lo cual se requiere de un tipo penal específico que sancione, a los servidores públicos que no apliquen correctamente las normas de carrera o para quienes dejen de aplicar los concursos de méritos.

Como planteamiento final, se reitera que mientras exista una figura acéfala, y sin lineamiento alguno, como lo es el nombramiento en provisionalidad, no existirá espacio ni voluntad, para la plena vigencia del sistema meritocrático perseguido por la Constitución Política de Colombia.

## Referencias

Acto Legislativo 1 De 2008. Por medio del cual se adiciona el Artículo 125 de la Constitución Política. Diciembre 26 de 2008. D.O. No. 47214.

Bernal, F.J. (2008). Derecho Administrativo. Escuela Superior Administración Pública. Recuperado de <http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Derecho-Administrativo.pdf>

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 13, 16, 29, 40, 122, 125. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional . Sentencia C-249, M.P. Juan Carlos Henao Perez; 29 de marzo de 2012.

Corte Constitucional . Sentencia C-285, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio; 13 de mayo de 2015.

Corte Constitucional . Sentencia C-588, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 27 de agosto de 2009.

Decreto Reglamentario 4500 de 2005 . Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004. Diciembre 5 de 2005. D.O. No. 46114.

Declaración Universal De Los Derechos Humanos. Art. 21. 10 de Diciembre de 1948.

García Cock, F. (1994). Derechos Civiles y Politicos De La Convencion Americana de Derechos Humanos en la Constitucion Politica De Colombia. Tesis de Grado, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. D.O. No. 45680.

Maldonado, C. (2001). Corrupcion y Derechos Humanos. Universidad Libre Serie De Filosofia yY Política.

Pachón Lucas, C. (2008). Empleo y Carrera Administrativa. Grupo Nueva.

Redacción del Tiempo. (13 de Febrero de 2012). Falso Siquiatra de Medicina Legal fue enviado a la cárcel. El Tiempo. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11130603>

Suarez González, O. (2019). La Inmunidad Olímpica. Reus.

Vidal Perdomo, J. (2008). Temas De Derecho Administrativo Comtemporáneo. Universidad del Rosario.