



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 1.090

Bogotá, D. C., martes, 14 de diciembre de 2010

EDICIÓN DE 4 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PONENCIAS

**INFORME DE PONENCIA PARA CUARTO DEBATE
–PRIMERA VUELTA– AL PROYECTO DE ACTO
LEGISLATIVO NÚMERO 147 DE 2010 CÁMARA, 015
DE 2010 SENADO**

*por medio del cual se adiciona en forma transitoria
un párrafo en el artículo 125 de la Constitución
Política de Colombia.*

Bogotá, D. C., 7 de diciembre de 2010

Doctor

BÉRNER ZAMBRANO ERAZO

Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente
Honorable Cámara de Representantes

Ciudad

Señor Presidente:

El suscrito ponente para cuarto debate en primera vuelta al Proyecto de Acto Legislativo número 147 de 2010 Cámara, 015 de 2010 Senado, *por medio del cual se adiciona en forma transitoria un párrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia*, de autoría de los honorables Senadores Javier Cáceres Leal, William García, Luis Carlos Avellaneda, Roberto Gerlén, Armando Benedetti, Gloria Inés Ramírez, Luis Fernando Velasco, Juan Manuel Galán y otros, en cumplimiento de los artículos 174 y 175 de la Ley 5ª de 1992, procedo a rendir el informe de ponencia correspondiente, en los siguientes términos:

I. Trámite del proyecto en el Congreso de la República

Fecha de radicación: 7 de septiembre de 2010

Publicación proyecto: *Gaceta del Congreso* número 611 de 2010

Ponente primer debate: honorable Senador *Luis Carlos Avellaneda*

Publicación ponencia primer debate: *Gaceta del Congreso* número 799 de 2010

Primer debate en la Comisión Primera del honorable Senado de la República: Acta número 21 de 27 de octubre de 2010 – Aprobado por unanimidad.

Publicación ponencia segundo debate: *Gaceta del Congreso* número 860 de 2010

Segundo debate: Acta número 24 de 10 de noviembre de 2010 – *Gaceta del Congreso* número 937 de 2010

Recepción en la Cámara de Representantes: 25 de noviembre de 2010

Recepción en la Comisión Primera: 1º de diciembre de 2010

Designación Ponente: 2 de diciembre de 2010

Publicación ponencia tercer debate: *Gaceta del Congreso* número 1039 de 2010

Tercer debate en la Comisión Primera de la honorable Cámara de Representantes: 7 de diciembre de 2010

El proyecto fue aprobado por unanimidad de los asistentes y en su curso no se presentó ninguna proposición.

II. Objeto y contenido del proyecto

Según se colige de la exposición de motivos y de las ponencias rendidas y los debates surtidos en el honorable Senado de la República, el proyecto de acto legislativo sometido a consideración tiene por objeto establecer constitucionalmente un mecanismo transitorio para homologar cinco años de experiencia de los empleados provisionales con las pruebas técnicas y especializadas establecidas en el concurso de méritos –Convocatoria número 001 de 2005– organizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, de tal modo que a estos empleados provisionales se les tenga en cuenta su experiencia en lugar de las pruebas de conocimientos, a efectos de continuar en el concurso de acceso a cargos de carrera administrativa.

Así, para materializar la propuesta descrita, se propone adicionar un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

III. Justificación y consideraciones

Como es bien conocido por los honorables Representantes, el artículo 125 de la Constitución Política establece lo siguiente:

“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”. (Negritas fuera de texto).

Sin embargo, de manera complementaria, en la Ley 443 de 1998, “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, se estableció en el artículo 10 la posibilidad de la provisión de empleos de carrera a través de nombramiento en provisionalidad, señalando que la provisionalidad podía ser hasta cuatro meses, prorrogables hasta por cuatro meses más.

Pues bien, no obstante el mandato legal citado, la experiencia ha indicado que la permanencia de los servidores públicos que fueron vinculados a través de esta clase de nombramientos se prolongó en el tiempo, alcanzando hasta los 20 años; lo cual, para los autores de la iniciativa, en estricto sentido legal no puede entenderse como provisionalidad, ya que la realidad excedió evidentemente los requisitos temporales que en su momento estableció la precitada norma para que se cumpliera la situación denominada como provisionalidad¹.

Bajo esta premisa, consideran los autores que no es aceptable insistir en denominar como provisionales a quienes fueron vinculados a la administración pública a través de un nombramiento con carácter de provisional, y hoy permanecen en sus cargos por un tiempo superior a ocho meses, que como lo hemos manifestado en algunos casos alcanzan los veinte años.

Principio de realidad sobre las formas

Es fundamental señalar que la anterior afirmación encuentra plena justificación en el principio laboral consagrado en el artículo 53 de la propia Constitución Política, en el cual se establece **“la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”**, cuyo alcance ha sido determinado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos de los cuales se destaca la Sentencia T-798 de 1999, en la cual se establece lo siguiente:

“4. El principio de primacía de la realidad en materia laboral.

(...)

*“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (C. P. artículo 53). **La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”.** (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994. M. P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).*

¹ Es importante señalar que dicho artículo fue derogado por el artículo 58 de la 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”.

“Este principio guarda relación con el de prevalencia del Derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia.

“Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

*“Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a **disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos”.***

Para el suscrito ponente resulta de la mayor claridad que en el caso que nos ocupa, es decir, el extendido nombramiento en provisionalidad de los empleados públicos, el principio de la realidad sobre las formas nos indica que, independientemente de tipo de nombramiento, lo cierto es que estos empleados han ejercido sus labores en iguales condiciones de aquellos que han sido nombrados mediante concurso público, es decir: han permanecido en sus cargos durante largos periodos de tiempo y han cumplido sus labores de manera idónea, eficaz y eficiente, lo cual les ha asegurado la permanencia en dichos cargos, a pesar de la altísima rotación burocrática del sector público.

Derecho internacional

Adicionalmente, este proyecto de acto legislativo obedece a la necesidad de garantizar a los empleados nombrados en provisionalidad el derecho al trabajo en condiciones de **justicia, dignidad y estabilidad**, que es fundamento de nuestro Estado Social de Derecho, y que se encuentra reconocido en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 28, el cual establece lo siguiente:

“1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.*

Tratándose además de un derecho que ha sido desarrollado por diferentes instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia, mediante la Ley 74 de 1968, en sus artículos 6º y 7º, en los siguientes términos:

Artículo 6º “-1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán todas las medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los estados partes en el presente pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formulación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas, encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas, fundamentales de la persona humana”.

Artículo 7º. “Los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias que le aseguren especial:

...
 “c) **Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que él corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”.** (Negritas fuera de texto).

También el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificado por nuestro país mediante la Ley 319 de 1996, que dispone en sus artículos 6° y 7° lo siguiente:

Artículo 6°. “Derecho al trabajo: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita, libremente escogida o aceptada.

Los Estados partes se comprometen adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos...”.

Artículo 7°. “Condiciones justas, equitativas y satisfactorias al trabajo.

...

c) El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrá en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

*d) **La estabilidad de los trabajadores en sus empleos**, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causales de justa separación”.* (Negritas fuera de texto).

Además, se trata derechos desarrollados en la normatividad internacional del Trabajo, en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y seguimiento, de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– de 1998, por lo cual la propia Corte Constitucional de Colombia ha manifestado lo siguiente:

“Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono”.

“... busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia por la decisión arbitraria del patrono”. (Sentencia C-016 de 1998).

Omisión de la administración

Se considera de especial importancia tener presente que la necesidad de proveer por encargo o provisionalidad el gran número de empleos públicos que fueron efectivamente provistos mediante dichas modalidades, así como su extendida prórroga en el tiempo, devino precisamente de la omisión de la propia administración para adelantar los concursos de mérito ordenados por el artículo 125 de la Constitución Política.

Así, siendo esta omisión una falla del servicio cuya responsabilidad es de la propia administración, de ninguna manera puede endilgarse las nefastas consecuencias a los empleados públicos que hoy se encuentran en provisionalidad; quienes, de por sí, merecen una especial protección por parte del Estado, garantizándoles su estabilidad.

Los honorables Representantes no pueden ser ajenos a la realidad social que afrontan los empleados provisionales, máxime cuando, de acuerdo con cifras aportadas por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, aproximadamente el setenta por ciento (70%) de empleados que se encuentran en dicha situación corresponde a mujeres, madres cabeza de familia, que se encuentran vinculadas en su gran mayoría al sector de la salud, SENA y administrativo de educación.

De todo lo anterior, y verificada la realidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad, mediante el presente acto

legislativo se persigue reconocer jurídicamente las consecuencias en favor de estos, a través de la homologación de requisitos.

Observancia a la jurisprudencia constitucional

Es imprescindible aclarar que en cumplimiento del artículo 243 de la Constitución Política, desde los debates en el honorable Senado de la República, se ha guardado especial cuidado de no reproducir el contenido material del Acto Legislativo número 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-588 de 2009 por **vicios de competencia**, mediante el cual se autorizaba transitoriamente, durante tres (3) años, la inscripción extraordinaria y automática en la carrera administrativa de los empleados públicos que a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 estuvieran ocupando cargos de carrera vacantes en calidad de provisionales o de encargados, siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño; ordenándose adicionalmente suspender todos los trámites relacionados con los concursos públicos que se estaban adelantando sobre los cargos que no se encontraban provistos en propiedad.

Pues bien, a diferencia de dicho acto legislativo, la presente iniciativa tiene por objeto determinar la homologación de la experiencia específica con el requisito de las pruebas de conocimiento generales, por considerar que, a la postre, dichas pruebas no garantizan, en sí mismas, la idoneidad de una persona para ejercer determinado cargo, dado que se trata de pruebas “generales”. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre con la experiencia específica, que definitivamente garantiza la especialidad en la prestación del servicio; sin que con esta fórmula se esté ordenando la inscripción automática en la carrera administrativa de los provisionales o la suspensión de los procesos de selección, lo cual se encuentra en plena armonía con el citado fallo de la Corte que determinó lo siguiente:

“De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y en la capacidad del empleado público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a esta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el ascenso, permanencia y retiro del empleo público, y, en esta medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, ...”.

Lo anterior, por supuesto, integrado con la competencia que le corresponde al legislador para determinar los méritos y calidades en los concursos públicos que deben ser organizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de servidores públicos, reconocida por la propia Corte Constitucional en los siguientes términos: “la Carta establece que los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes respecto del ingreso y ascenso a los cargos de carrera, deben de ser fijados por el legislador”. (Sentencia C-372 de 1999).

En estos términos, debe precisarse que con la iniciativa estudiada de ninguna manera se elude el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos de la administración pública, pues de lo que se trata precisamente es de extender el alcance de las normas que desarrollan dicho principio, mediante la incorporación de situaciones que evidentemente fueron desconocidas en su momento por el legislador, como lo es la experiencia específica en el cargo a proveer de quienes aspiran a ser nombrados en propiedad e incluidos en la carrera administrativa.

En efecto, en el debate suscitado en la Comisión Primera del honorable Senado de la República, el señor Ponente, honorable Senador Luis Carlos Avellaneda, manifestó lo siguiente:

“El proyecto yo lo estudié muy juiciosamente desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional y encontré esto Senadores, uno, que en la pasada ocasión cuando se expidió aquí el Acto Legislativo 01, planteamos un ingreso automático en la carrera administrativa de esas personas, este proyecto no busca eso, busca homologar las pruebas del concurso de méritos por cinco años de servicio, si hay alguien que acredite cinco años de servicio, le decimos le homologamos esos cinco años de servicio por las pruebas del sistema de méritos que ordena el artículo 125 Constitucional y entonces conforme a eso se autoriza a la Comisión Nacional del Servicio Civil o a los demás operadores de la Carrera Administrativa, para que inscriban a esa persona en la carrera, siempre y cuando cumpla dos requisitos, uno que al momento de la expedición o de entrar en vigencia el Acto Legislativo, si se convierte este Proyecto en Acto Legislativo, esa persona está ejerciendo el cargo en provisionalidad. Y dos. Que esa persona cumpla con los requisitos para el ejercicio del cargo, los requisitos que se exigen hoy para el ejercicio del cargo. Esas son las dos condiciones que se incorporan”.

Otros fundamentos

Por último, debe precisarse que esta homologación se encuentra en plena armonía con circunstancias que ya han sido autorizadas por el legislador, como las contenidas en la Ley 909 del 2004, especialmente en sus Decretos Reglamentarios 760 y 785 del 2005, que contemplan la posibilidad, que los aspirantes a un cargo público, puedan reemplazar ciertas calidades académicas por experiencia o viceversa. Por esto, se encuentra razonable y proporcional y además hace justicia, que equivalencias sustituyan las pruebas de conocimiento previstas en la Convocatoria 01 de 2005, de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

IV. Proposición

Haciendo uso de las facultades conferidas por la Ley 5ª de 1992, de conformidad con las consideraciones expuestas, me permito rendir informe de **ponencia favorable** al Proyecto de Acto Legislativo número 147 de 2010 Cámara, 015 de 2010 Senado, *por medio del cual se adiciona en forma transitoria un párrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia*, y respetuosamente sugiero a los honorables Representantes, que se apruebe la siguiente proposición:

Dese cuarto debate –Primera Vuelta– al Proyecto de Acto Legislativo número 147 de 2010 Cámara, 015 de 2010 Senado, *por medio del cual se adiciona en forma transitoria un párrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia*, de acuerdo con el texto aprobado en la Comisión Primera de la honorable Cámara de Representantes y que se adjunta a la presente.

De los honorables Representantes,



HUMBERTO ROA SARMIENTO
Representante a la Cámara
Departamento de Boyacá

V. TEXTO PROPUESTO PARA CUARTO DEBATE –PRIMERA VUELTA– AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 147 DE 2010 CÁMARA, 015 DE 2010 SENADO

por medio del cual se adiciona en forma transitoria un párrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, así:

“**Parágrafo transitorio.** Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público por cinco (5) años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera a los servidores públicos nombrados en calidad de provisionales. Para que opere esta homologación, el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de entrar en vigencia el presente acto legislativo y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la convocatoria del respectivo concurso.

“La Comisión Nacional de Servicio Civil o quien haga sus veces, expedirá los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.”

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

De los honorables Representantes,



HUMBERTO ROA SARMIENTO
Representante a la Cámara
Departamento de Boyacá

TEXTO APROBADO EN LA COMISIÓN PRIMERA DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 147 DE 2010 CÁMARA, 015 DE 2010 SENADO

por medio del cual se adiciona en forma transitoria un párrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, así:

“**Parágrafo transitorio.** Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público por cinco (5) años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera a los servidores públicos nombrados en calidad de provisionales. Para que opere esta homologación, el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de entrar en vigencia el presente acto legislativo y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la convocatoria del respectivo concurso.

“La Comisión Nacional de Servicio Civil o quien haga sus veces, expedirá los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.”

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

En los anteriores términos fue aprobado sin modificaciones el presente Proyecto de Acto Legislativo, el día 7 de diciembre de 2010, según consta en el Acta número 38; así mismo el citado proyecto fue anunciado para discusión y votación el día 6 de diciembre de 2010, según consta en el Acta número 37 de esa misma fecha.

Emiliano Rivera Bravo,

Secretario Comisión Primera Constitucional.