



**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -**

02 - 016354

Bogotá, D.C. **Agosto 25 de 2009**

Radicado No. 02-2009-14377

Señor

[REDACTED]
Gigante (Huila)

ASUNTO: Facultad para realizar reestructuraciones administrativas - Estabilidad Laboral de los servidores con derechos de carrera administrativa - Oportunidad para la intervención de la CNSC en garantía de la revinculación.

Señor [REDACTED]

La Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- recibió el escrito de la referencia, mediante el cual se allega copia de la petición dirigida al Gerente General del INCODER, Rodolfo Campo Soto, solicitando la revinculación en el empleo que desempeñaba en el INCODER antes del retiro efectuado con ocasión del proceso de reestructuración administrativa llevado a cabo en el año 2007 y el reconocimiento y pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante ese periodo. Dicha solicitud se apoya en que la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-175 de 2009 declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 que establecía el Estatuto de Desarrollo Rural y la reforma del INCODER.

RESPUESTA:

En relación con sus interrogantes, es de aclarar que la CNSC como instancia consultiva en materia de carrera no puede participar en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que presenten las entidades públicas. El nominador junto con las unidades de personal son los encargados de tomar las decisiones que correspondan frente a los conflictos jurídicos laborales que surjan dentro del desarrollo y gestión el empleo público de cada entidad del Estado. Por tanto, este Despacho más que emitir un pronunciamiento acerca de la solución que debe darse al asunto concreto, se centrará en exponer algunos criterios que sirvan para determinar las consecuencias que se derivan de una situación como la relatada.

1. Falta de competencia de la CNSC para intervenir previamente en las modificaciones de las plantas de empleos.

Si la Entidad, en su entender, tiene intención de regularizar la situación de vinculación de los servidores públicos en las condiciones descritas anteriormente, pero no existe el empleo público que desempeñaban al momento de su retiro del INCODER, y para lograrlo pretende modificar alguno de los empleos existentes o crear uno nuevo en su planta de empleos con el propósito de permitir el cumplimiento de sus responsabilidades, tendrá que decidirlo a instancia de las autoridades facultadas para tal efecto, observando los requisitos normativos establecidos para las reestructuraciones administrativas.

Al respecto, es de precisar que por mandato de los numerales 14 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política la organización, dirección y gestión de la Administración Pública en el nivel nacional está en cabeza del Presidente de la República, incluyendo reformar o adaptar su funcionamiento conforme a las necesidades del servicio, siempre cambiantes, siendo competentes para crear, modificar y definir los empleos que integran dichas plantas de personal, si encuentra que para



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

atender de manera más adecuada el interés general y las funciones públicas asignadas esto es indispensable.

La CNSC no tiene injerencia ni emite ninguna autorización condicionante de las reformas administrativas que adelanten las entidades públicas, lo que se exige conforme al artículo 46 de la Ley 909 de 2004, es que las modificaciones de las plantas de empleos *“deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.”* Y para el caso de las entidades del nivel nacional estas modificaciones tendrán que aprobarse por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Las funciones de vigilancia y control preventivo y correctivo conferidas a la CNSC se limitan a la protección de los derechos de carrera administrativa que le asistan a los servidores con dicha condición de empleo. No se extiende a la revisión de la regularidad de los actos administrativos de contenido general que implementaron la reestructuración administrativa, y mucho menos a cuestionar los motivos que llevaron a la administración nacional a disponer las reorganización de su planta de personal.

Sin embargo, debe tenerse presente que resulta impropio utilizar los procesos de reorganización administrativa para favorecer a los servidores públicos o resolver situaciones ocupacionales particulares, pues de esta forma se pervierte el propósito de mejoramiento institucional que representa el interés público y general perseguido con las modificaciones de las plantas de empleos.

2. Estabilidad laboral de servidores con derechos de carrera administrativa:

Los servidores con derechos de carrera administrativa cuentan con estabilidad laboral, la cual tiene manifestación en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, que les protege brindándoles un fuero de permanencia frente a las distintas situaciones administrativas que resultan en la supresión de su cargo, al establecer que *“tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal”*, o a elegir entre la reincorporación y la indemnización, cuando no sea factible la incorporación.

La incorporación en este contexto es una prerrogativa exclusiva de los servidores que han adquirido derechos de carrera administrativa, es decir, comporta un derecho o privilegio que obliga al nominador exigiéndole efectuar una actuación administrativa tendiente a establecer la procedencia o no de mantener la vinculación de dichos servidores.

a. Derecho preferencial de incorporación:

Con la supresión del cargo que desempeña un empleado de carrera administrativa luego de la implementación de una reestructuración administrativa, surge inmediatamente la protección de estabilidad laboral para mantener su vinculación laboral. Al respecto en el artículo 28 del Decreto 760 de 2005 se otorga al servidor público de carrera el *“derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.”* Como actuación consecuente en el artículo 29 del mismo instrumento normativo se exige que *“De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado (...).”*

Mecanismos administrativos de control dispuestos por el sistema general de carrera, frente a la posible vulneración del derecho preferente de incorporación: Para la definición de situaciones



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

administrativas particulares, la Ley 909 de 2004 ha previsto procedimientos especiales que dan oportunidad a la CNSC para ordenar a las entidades tomar las medidas necesarias que permitan el cumplimiento de las obligaciones y el respeto por los derechos de carrera administrativa. Este mecanismo administrativo idóneo es la reclamación laboral y debe ser interpuesta en primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad respectiva, cuya decisión podrá ser revisada en segunda instancia mediante recurso de apelación que será tramitado por la CNSC.

La oportunidad para interponer la reclamación, se da desde el momento que el jefe o responsable de la unidad de personal comunica de la imposibilidad de incorporar al servidor con derechos de carrera, y le indica que dentro de los cinco (5) días siguientes puede *“optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, (...), o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004.”*

A este propósito, la Ley 909 en el artículo 16 numeral 2 literal d) establece como una de las funciones a cargo de **las Comisiones de Personal** la de *“Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos”*. En virtud de esta competencia, es procedente que el titular de un empleo público acuda mediante una reclamación laboral ante la Comisión de Personal para que se pronuncie frente a una situación administrativa ocupacional derivada de la no incorporación en la planta de personal luego de un proceso de reestructuración.

En el marco de las competencias funcionales de administración, vigilancia y control sobre los sistemas de carrera administrativa asignadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la misma Ley 909 establece en el literal d) del artículo 12 que esta entidad resolverá en segunda instancia las reclamaciones sometidas a su conocimiento en relación con los asuntos del empleo público de carrera. Por este motivo, la reclamación en segunda instancia o recurso de apelación que sea elevado contra la decisión tomada por la Comisión de Personal se encuentra incluido como uno de los trámites y actuaciones que corresponden a la CNSC, el cual cursará siempre y cuando se agoten todos los requisitos de forma y oportunidad estipulados por las normas legales y reglamentarias especiales y generales para los procesos administrativos de competencia de esta Comisión.

En virtud de lo anterior, la decisión administrativa en cualquiera de las instancias administrativas consistirá en determinar la procedencia o no del derecho preferente de incorporación, que le permite a los referidos órganos del sistema de carrera, ordenar al nominador que tome medidas tendientes a garantizar la continuidad y permanencia de los servidores en los empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes a los que ocupaban los empleados, al momento de la reestructuración, dado que éstos o bien no se suprimieron y continuaron incluidos en la planta de personal o subsisten empleos equivalentes, conforme los artículos 87 y 88 del Decreto Ley 1227 de 2005.

b. Derecho de reincorporación:

En aquellos casos que no es posible la incorporación en la nueva planta de personal de la misma entidad donde pertenecía el empleo que desempeñaba el servidor con derechos de carrera administrativa retirado del servicio, este puede escoger la reincorporación en las entidades de la administración pública en que esto se permite, *“mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación (...).”¹*

¹ Artículo 30 del Decreto 760 de 2005.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

También puede solicitar la reincorporación dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión adoptada por la Comisión de Personal en primera instancia o en término no superior a los tres (3) días siguientes a la notificación de lo resuelto por la CNSC al concluir la segunda instancia de la reclamación (Decreto 760 de 2005).

Conforme el inciso 5° del artículo 31 del Decreto 760 de 2005, la solicitud de reincorporación presentada debe ser remitida en un plazo máximo de diez (10) días a la CNSC, para que sea tramitada directamente por esta entidad, una vez se allegue con todos sus requisitos por la entidad nominadora que desvinculó al servidor interesado. En estos eventos la actuación administrativa estará regida por lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 760 de 2005, en cuyo numeral primero establece que *“La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal (...).”*

Para que la CNSC determine la procedencia de la reincorporación, revisará la existencia de empleo igual o equivalente en las plantas de personal que hagan parte de las entidades que se indica a continuación, siempre que el ex servidor reúna las competencias laborales para desempeñarlo: a) En la misma entidad en que prestaba sus servicios al momento del retiro; b) En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido; c) *“En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.”*; d) *“En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.”*

c. Equivalencia de los empleos para viabilizar la revinculación: incorporación y reincorporación:

La prerrogativa de incorporación de la que gozan los servidores con derechos de carrera administrativa, implica que pueden desempeñar un empleo igual o equivalente en la nueva planta de empleos adoptada luego de la reestructuración. Esto responde a que por circunstancias de movilidad laboral puede darse variaciones de desempeño laboral en empleos diferentes al que originalmente ocupaba, pero debe existir una relación de equivalencia entre éstos, para lo cual se tendrá la definición y los criterios que permiten llegar a esta conclusión, consagrados en el artículo 1° del Decreto 1746 de 2006:

- a. Que los empleos comparados tengan asignadas funciones iguales o similares. Esto es que exista una estrecha afinidad entre los contenidos funcionales de los empleos ocupados.
- b. Que para los empleos objeto de análisis se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares.
- c. Que entre la asignación básica mensual fijada para los empleos cotejados, la diferencia salarial no supere *“los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.”*

Como queda visto, el sistema general de carrera administrativa trae unos límites precisos para que sea procedente la incorporación de un servidor público, haciendo énfasis en el parámetro salarial que no puede ser desbordado. Sobre este aspecto, en principio la incorporación es improcedente en empleos que tengan una asignación básica inferior a la que tenía estipulada el que fuera suprimido, porque constituiría una desmejora de las condiciones laborales adquiridas por el servidor, que a su vez es una causal autónoma de vulneración de los derechos de carrera y da lugar una reclamación laboral. Tampoco es posible la incorporación en empleos que excedan el rango máximo previsto por la norma,



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

pues de permitirlo, se convalidarían los ascensos automáticos que omiten el proceso de selección mediante concurso de méritos.

Sin embargo, al determinarse la protección a la estabilidad laboral de los servidores con derechos de carrera administrativa, tanto la Comisión de Personal como la CNSC, pueden llegar a ordenar que sean incorporados, apartándose de la regla antes expuesta, pero para ello, deben existir fuertes razones que ameriten ampliar o extender dichos parámetros.

3. Oportunidad para la intervención de la CNSC en aras de la garantía de Estabilidad Laboral.

Como puede verse en la explicación precedente, la CNSC sólo puede intervenir y avocar conocimiento frente a la pretensión de revinculación que manifiesta un servidor público con derechos de carrera administrativa, cuando se acude a la acción administrativa pertinente, sea la reclamación en segunda instancia por vulneración del derecho de incorporación o la solicitud de reincorporación, y ésta es ejercida dentro de los términos preestablecidos y reuniendo las condiciones previstas en el régimen jurídico del sistema de carrera administrativa.

Acerca de las situaciones atípicas o sobrevinientes al retiro del servicio de un empleado con derechos de carrera administrativa, las competencias recaen en otras autoridades públicas, sean administrativas o jurisdiccionales, en cuyo caso tendrán que obtener la debida asesoría que le facilite identificar los mecanismos más idóneos para proteger los intereses particulares que pretenda promover.

Con todo lo expuesto se da respuesta a la consulta formulada en el escrito de la referencia, advirtiendo que la misma se ofrece en los términos y con las consecuencias del inciso 3º del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Original Firmado
FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado.

P/IPachón