



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

Bogotá, **Marzo 31 de 2009**
02 - 004495

Radicado No. 02-2008-29335-32324

Señor

Secretario General

Sintraenteddimmcol - Subdirectiva Sur Occidente

Correo Electrónico: arveylozano@hotmail.com

ASUNTO: Estabilidad laboral de los servidores públicos frente al retiro por supresión del empleo
- Mecanismos administrativos de protección del derecho preferente de incorporación -
Autorización previa para provisiones transitorias.

1. ANTECEDENTES.

La Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- recibió el escrito de la referencia, mediante el cual el peticionario expone algunas observaciones frente al proceso de reestructuración administrativa llevado a cabo en la Alcaldía de Palmira (Valle del Cauca) que resultó en la modificación de la planta de personal de dicha entidad. En vista de la formulación extensa de cada pregunta, este Despacho sintetizará la atención en algunos temas dando de esta forma respuesta a la totalidad de las preguntas.

2. RESPUESTA.

2.1 Estabilidad de servidores en provisionalidad y derecho de incorporación.

A la luz del artículo 125 de la Constitución Política, el acceso a los empleos públicos regidos por el sistema general de carrera administrativa debe darse mediante el trámite del concurso público de méritos y con el lleno de las demás formalidades que la ley exige, siendo el mecanismo más idóneo para ofrecer a los aspirantes, en igualdad de condiciones, la certeza de que los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad gobiernan el desarrollo del proceso de selección laboral.

No obstante, el ordenamiento jurídico ha previsto como una de las formas de provisión de los empleos de carrera administrativa el nombramiento en provisionalidad, que consiste en la designación transitoria de una persona en un empleo de carrera vacante temporal o definitivamente, siempre que el empleado reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se provee el respectivo empleo a través de un concurso de méritos. La naturaleza transitoria del nombramiento en provisionalidad implica una estabilidad precaria en el empleo, diferente a la de un servidor que lo desempeña con derechos de carrera administrativa.

A diferencia de los servidores en provisionalidad, 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 estabilidad 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*



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

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. Pero, en tratándose de servidores en provisionalidad, la incorporación tiene la connotación de una facultad o potestad del nominador, quien ante ellos no se encuentra forzado a determinar su permanencia en la entidad por el solo hecho de que desempeñan transitoriamente un empleo de carrera, lo cual no obsta para que en razón de otros fueros laborales especiales esté obligado a mantener la vinculación laboral con la entidad, como por ejemplo el fuero sindical, la protección de la maternidad o de la discapacidad, entre otros.

Adicionalmente, es necesario enfatizar que la CNSC no tiene dentro del ámbito de las competencias materiales y funcionales que le otorgan la Constitución y Ley, conocer de los conflictos laborales que se presenten entre la administración pública y los servidores nombrados provisionalmente. Y por ello el interesado en dichos conflictos deberá acudir ante otras autoridades para obtener el control administrativo o jurisdiccional que requiera.

2.2 Incompetencia de la CNSC para pronunciarse sobre los motivos e irregularidades de las Reestructuraciones de las Plantas de Empleos.

Por mandato constitucional la organización, dirección y gestión de la Administración Pública en el nivel municipal está en cabeza de las respectivas autoridades territoriales, incluyendo las plantas de personal y los empleos públicos que la integran. Así, en virtud del numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política, corresponde a los Concejos Municipales, mediante Acuerdo, establecer la estructura de la Administración Municipal y las funciones de sus distintas dependencias con sujeción a la Constitución y la ley. Por su parte, el Alcalde como jefe máximo de la administración municipal y representante legal del ente territorial, según disponen los numerales 4 y 7 del artículo 315 de la Carta Constitucional, está facultado para crear, suprimir y fusionar los empleos públicos de las plantas de personal que componen las respectivas dependencias territoriales y señalar sus funciones especiales, observando para ello los mandatos Constitucionales, las leyes y lo dispuesto por los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal.

Como queda visto, el Alcalde como máxima autoridad administrativa del nivel Municipal cuenta con la potestad de reformar o adaptar el funcionamiento conforme a las necesidades del servicio, siempre cambiantes. En este sentido, podrá crear, fusionar y suprimir los empleos que integran las plantas de personal de dichas entidades, si encuentra que es indispensable para atender de manera más adecuado el interés general y las funciones públicas asignadas, lo cual no implica que los empleados públicos de carrera administrativa pierdan el derecho a la estabilidad laboral que la Constitución y la Ley garantizan.

Esto último se explica porque el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido que las referidas funciones se enmarcan dentro de los límites fijados en la constitución y Ley. A propósito valga traer los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a los límites constitucionales de las reestructuraciones administrativas:

“En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).¹

Uno de estos derechos laborales tiene manifestación en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 que protege a los empleados públicos de carrera administrativa brindándoles un fuero de estabilidad 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.

Sólo en aquellas situaciones en que se hace conflictiva la facultad de reestructuración y el derecho a la estabilidad laboral de los servidores con derechos de carrera administrativa, tiene ocasión y oportunidad la intervención por parte de los órganos de control constituidos por el sistema general de carrera administrativa. Pero aquí el análisis no comprende la valoración de los motivos o actuaciones previas que sustentan el acto administrativo general modificatorio de la estructura de una entidad y su planta de personal, y menos aún es posible que en sede administrativa se pueda cuestionar la eventual irregularidad de la reestructuración orgánica de una entidad territorial. Lo que a la luz del sistema general de carrera administrativa es materia de conocimiento por la Comisión de Personal y la CNSC, es la reclamación laboral que interpone el servidor retirado del servicio que considera vulnerado su derecho preferente a ser incorporado en la nueva planta de personal adoptada en la entidad reestructurada.

Tratándose de la reclamación antes referida, lo que se efectúa es un estudio comparativo de los actos generales que integran la operación administrativa de reestructuración, especialmente, el que suprime empleos y adopta la planta de personal, junto al Manual de Funciones y Competencias Laborales, todo ello con miras a definir el interés particular de cada reclamante, pero nunca con el suficiente alcance como para dejar sin efectos la totalidad de la reestructuración.

2.3 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 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 interpuesto en primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad respectiva, cuya decisión podrá ser cuestionada en segunda instancia mediante recurso de apelación que será tramitado por la CNSC.

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

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-074 de 1993. Aparte reiterado en Sentencia T-700 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

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 proferente 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 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.

Esto explica porque sería inoportuno que la CNSC intervenga directamente y con vocación sancionatoria en el proceso de reestructuración de la Alcaldía de Palmira, pues al momento de ofrecer respuesta se está adelantando la primera instancia de la reclamación por vulneración de derecho de incorporación y sólo agotada esa etapa resultaría procedente el conocimiento y consiguiente actuación de la CNSC tendiente a proteger la estabilidad laboral de los servidores con derechos de carrera administrativa.

2.4 Autorización de provisiones transitorias otorgada por la CNSC.

Para las provisiones transitorias de los empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva, se exige que previamente la CNSC expida autorización para tal efecto, siempre que medie la solicitud respectiva presentada por el Jefe de entidad, en que se exponga las necesidades del servicio que la motivan. Tratándose de provisiones transitorias mediante nombramiento provisional, procederán cuando se verifique que dentro de la planta de personal no existen servidores que reúnan los requisitos para ser encargados.

Para el caso de la reestructuración administrativa adelantada en la Alcaldía de Palmira, y que resultó en la modificación de la planta de personal con la supresión y creación de empleos, los nombramientos provisionales se convierten en el único instrumento para permitir el funcionamiento de dicha entidad territorial, mientras se resuelven las situaciones laborales de cada empleado de carrera frente a la pretensión de mantener su vinculación en la nueva planta de empleos, ya que como es sabido la totalidad de los empleados de carrera fueron retirados del servicio, lo que hace inoperante la procedencia de encargos. Esto bajo el entendido de que los nombramientos provisionales no afectan la posibilidad de incorporar o reincorporar a los servidores con derechos de carrera retirados de la Alcaldía de Palmira, pues la misma naturaleza transitoria hace que se condicione su existencia hasta tanto opere alguno de los mecanismos definitivos de provisión de empleos de carrera administrativa, entre los cuales se encuentran las figuras antes mencionadas.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

La autorización de nombramientos provisionales mantiene plena razonabilidad y pertinencia, aún si en las actuaciones administrativas que adelante la CNSC con ocasión de la pretensión de revinculación, se logra establecer que el nominador vulneró el fuero de estabilidad laboral que ostentan los servidores con derechos de carrera administrativa al no mantener su vinculación con la entidad territorial, dado que la ciudadanía en general no se puede ver privada de la prestación de servicios y funciones públicas a cargo de la administración municipal por los conflictos jurídicos laborales que se presenten entre los servidores públicos y el nominador.

2.5 Situaciones laborales comprendidas por el Acto Legislativo 001 de 2008.

En atención a la inquietud que plantea acerca del acceso definitivo a los empleos de carrera por parte de los servidores con nombramiento provisional, este Despacho debe precisar que para ser beneficiario del mecanismo de inscripción extraordinaria establecido por el Acto Legislativo 001 de 2008, el servidor público que pretenda su titularidad, debe continuar desempeñando el empleo por nombramiento provisional o encargo a la entrada en vigencia del mismo, es decir el 26 de diciembre de 2008. Esto se deriva de los efectos futuros de las normas jurídicas, que constituyen la regla de aplicación frente a los hechos y circunstancias fácticas que se mantengan presentes al momento de insertarse en el ordenamiento jurídico, dejando incólumes y sin comprender aquellas situaciones de carácter ocupacional que han concluido la vinculación laboral transitoria con el empleo de carrera administrativa antes del 26 de diciembre de 2008 (fecha de publicación del Acto Legislativo), ya sea por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional o la terminación del encargo.

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

Copia Simple: Dra. MARÍA EUGENIA CARREÑO, Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Carrera 5 No. 15 - 80, Piso 17, Bogotá D.C.

P/IPachón