

Bogotá D. C., 8 de octubre de 2012

Rad: 03-35-2012-46584

Of. 40825

Señor

Ref.: Retiro del servicio de empleados titulares de derechos de carrera por liquidación de entidad.

Respetado señor

Procede este Despacho a dar respuesta a su solicitud de la referencia, atendiendo para ello, la órbita de competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, establecida en el artículo 130 de la Constitución Política Nacional y desarrollada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 y, demás normas concordantes, en los siguientes términos:

- Los procesos de reestructuración.

Conforme lo ha reconocido la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, la estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inmodificables. *“Las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, los factores económicos, son, entre muchas, razones por las cuales en algunas ocasiones resulta necesario proceder a reestructurar entidades públicas”*¹

No obstante, la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades,² en el sentido de que dicho proceso no puede realizarse de manera arbitraria, sino que a las autoridades les asiste el deber de respetar y proteger los derechos de los trabajadores.

Así, en Sentencia C-209 de 1997 con ponencia de Hernando Herrera Vergara, el alto Tribunal, señaló:

“(…) Como se ha establecido por esta Corporación, el señalamiento de las políticas administrativas o económicas del Estado desarrollan el ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando, con las mismas se protejan los bienes y derechos consagrados en la Carta Política y garanticen la igualdad

¹ Sentencia T-700 de 22 de agosto 2006, Ref: expediente T-1313803.

² Ver entre otras las sentencias T- 321 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en la Sentencia T-512 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11

de oportunidades de los ciudadanos, la libertad de empresa y el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, de los mismos, que forman parte del orden público constitucional.

En desarrollo de dichas políticas el proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (C.P., art.2o.). Dichos procesos, en su mayoría, han sido analizados por esta Corporación, la cual desde el punto de vista de la incidencia de los mismos en las condiciones laborales de los trabajadores, ha señalado que reflejan los principios y valores constitucionales en cuanto aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y las garantías y derechos adquiridos por los trabajadores.

Es así como, el Estado, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc, y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente. Lo anterior se confirma con el carácter instrumental que tiene aquella frente a las políticas de gobierno, en lo relacionado con la ordenación y racionalización de la prestación de las funciones de responsabilidad del Ejecutivo, dentro de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

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 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).

En consecuencia, el proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo ; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social." (Negrilla fuera del texto).

Es claro entonces, que los procesos de reestructuración están legitimados en la medida que, i) No desconocen la estabilidad de los servidores en carrera;³ ii) Obedecen a razones debidamente justificadas en el interés general, tales como el mejoramiento del servicio, la superación de problemas estructurales o económicos y/o la adecuación a las nuevas funciones o retos a que se ve enfrentada la administración pública; y iii) Se desarrollan con base en criterios objetivos.

En punto al tema, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 228 del Decreto 0019 del 10 de enero de 2012, señala:

³Al respecto, la Corte ha establecido que los empleados de "carrera administrativa son los que ofrecen mayor seguridad y estabilidad al trabajador y limitan en mayor grado la libertad del empleador para vincular y retirar al empleado. El ingreso de un empleado a la carrera está supeditado únicamente al cumplimiento de los requisitos contenidos en la Constitución y en el estatuto especial que la regula, y su permanencia en ella sólo debe estar condicionada a la idoneidad del empleado, al cumplimiento de las funciones de modo eficiente y eficaz y al logro de la mejor prestación del servicio público." Sentencia T-454 de 2005 de esta misma Sala, en la cual se cita la sentencia C-540 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

"Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, 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 bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. (El resaltado es nuestro)

Cabe aclarar sin embargo, que la CNSC no tiene competencia en relación con la planeación y desarrollo de los procesos de restructuración de las entidades del Estado. La única competencia entregada a esta Comisión en relación con los procesos de reforma de la administración, está circunscrita a la protección del derecho al empleo que se predica respecto de los empleados titulares de derechos de carrera, lo cual se materializa en los derechos de incorporación y en su defecto reincorporación o indemnización.

Al respecto, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, dispone:

"Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. (...)"

Así pues, el primer derecho del empleado de carrera a quien se le ha suprimido el cargo es ser incorporado en la misma entidad en un cargo igual o equivalente, y en caso de no existir éste en la planta de la entidad, la segunda alternativa es optar por la indemnización o ser reincorporado en un empleo igual o equivalente, por orden de esta Comisión, previa comunicación de la entidad respecto de la imposibilidad de la primera alternativa.

Cabe precisar, que la Ley 909 de 2004 determinó que el derecho preferencial que tiene el empleado de carrera a ser incorporado en cargos equivalentes de la nueva planta de personal, se da con anterioridad a la comunicación de la supresión, es decir, que sólo después de que se verifique la inexistencia de cargos equivalentes vacantes se comunicará de la supresión al servidor. En todo caso, a la entidad le corresponde determinar si es viable o no la incorporación directa del empleado en un cargo igual o equivalente de la nueva planta en la misma entidad.

Por su parte, el artículo 87 del Decreto 1227 de 2005, dispone “Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporado o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto- ley que regula (...)”

Para estos efectos, se entiende por empleo igual el que tiene el mismo nivel, la misma denominación, el mismo código, los mismos requisitos y funciones y el mismo grado salarial y, por empleo equivalente, aquel que cumple lo dispuesto en el **artículo 1º del Decreto 1746 del 1º de junio de 2006**, así: “Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial 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”.

Ahora bien, el Decreto 760 de 2005 “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”, señala en su artículo 28, el procedimiento que debe seguirse con ocasión de la supresión de cargos de carrera administrativa, en los siguientes términos:

“Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene 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.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1. 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 en el siguiente orden:

28.1.1 En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

28.1.2 En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4 En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5. La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización. (...)”. (La negrita es agregada)

Igualmente, el artículo 29 del precitado Decreto indica 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 (la planta) fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de 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.

Por otra parte, el artículo 31 *Ibidem*, señala:

"La Comisión de Personal de la entidad en la que se suprimió el cargo conocerá y decidirá en primera instancia sobre las reclamaciones que formulen los ex empleados de carrera con derecho preferencial a ser incorporados en empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal por considerar que ha sido vulnerado este derecho o porque al empleado se le desmejoraron sus condiciones laborales por efecto de la incorporación.

La reclamación deberá formularse con el lleno de los requisitos establecidos en el presente decreto, dentro de los, cinco (5) días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo.

La Comisión de Personal decidirá, una vez comprobados los hechos que dieron lugar a la reclamación, mediante acto administrativo motivado en un término no superior a ocho (8) días. Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Si la decisión es que no procede, la incorporación, el ex empleado deberá manifestar por escrito, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que ésta quede en firme, al jefe de la entidad su decisión de optar por la reincorporación en empleo igual o equivalente en el plazo que señala la ley o a percibir la indemnización.

Si el ex empleado hubiere optado por la reincorporación, el jefe de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, deberá poner dicha decisión en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que inicie la actuación administrativa tendiente a obtener la reincorporación del ex empleado en empleo igual o equivalente al suprimido, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto." (El resaltado es nuestro)

Concordante con dicha disposición los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, establecen entre otras funciones de la Comisión de Personal:

"(...) d) 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;

e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos..."

De igual manera, el literal d) del artículo 12 de la misma ley, instaura en cabeza de esta Comisión la responsabilidad de *"Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia"*

Así las cosas, y teniendo en cuenta que no es competencia de esta Comisión intervenir en el proceso de reforma de la entidad que usted refiere y que de lo expuesto en su escrito no se infiere el acaecimiento de conductas que vulneren las normas de carrera administrativa ni las instrucciones impartidas por esta Comisión, le informo que se procederá al archivo de su solicitud, por ser improcedente.

Lo anterior, sin perjuicio de que:

a) los empleados titulares de derechos de carrera activen las instancias de reclamación ante la Comisión de Personal de la entidad y la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando consideren vulnerado su derecho de incorporación o cuando se les ocasione desmejoramiento de las condiciones laborales a consecuencia de la incorporación efectuada.

b. Ante la escogencia de la opción de reincorporación por parte del empleado de carrera, se solicite el adelantamiento de dicho trámite ante esta Comisión.

c. Se solicite el adelantamiento de actuaciones de vigilancia, conforme lo permite el parágrafo 2° del Artículo 12 de la Ley 909 de 2004, ante la posible vulneración de normas de carrera o de las instrucciones impartidas por esta Comisión.

Así las cosas, en la medida que se activen los mecanismos que posibiliten la intervención de la Comisión en asuntos de su competencia, se procederá de conformidad.

No obstante, dado que mediante Circular de la C.N.S.C. 003 de 2012, se impartió instrucción para que se adelante la actualización del Registro Público de Carrera Administrativa – RPCA, de manera previa al adelantamiento de los procesos de reforma de las plantas de empleos de las entidades cuyo sistema de carrera es administrado y vigilado por la CNSC, se ha solicitado al Jefe de Talento del Instituto Seccional de Salud del Quindío tenga en cuenta dicha instrucción so pena de hacerse acreedor a las sanciones dispuestas en el parágrafo 2° del Artículo 12 de la Ley 909 de 2004.

Esta petición se responde en los términos y condiciones previstas por el artículo 28 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De la manera más atenta,



ANA ESPERANZA CASTRO JAIMES
Comisionada (E)