

INCORPORACION Y REINCORPORACION DE SERVIDORES PUBLICOS CON DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

PONENTE: Comisionado José E Acosta R

Fecha de sesión: 17 de septiembre de 2013

I. MARCO NORMATIVO

A) ANTECEDENTES NORMATIVOS

Las figuras de incorporación y reincorporación para servidores que ostentan derechos de carrera administrativa, en el contexto de reformas administrativas y supresión de sus empleos, fue regulada antes de la expedición de la Ley 909 de 2004 por las siguientes normas:

Ley 443 de 1998

ARTICULO 39. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESION DEL CARGO. *Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.*

Para la incorporación de que trata este artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. La incorporación se efectuará, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, en el siguiente orden:

1.1 En las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas.

1.2 En las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimidos.

1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecían las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidos.

1.4 En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

2. La incorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos exigidos en la entidad obligada a efectuarla.

3. La persona así incorporada continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera.

4. De no ser posible la incorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARAGRAFO 1o. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo o entidad y los empleos de carrera de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, aquellos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño y los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos, deberán ser incorporados por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.

PARAGRAFO 2o. En el evento de que el empleado opte por la indemnización o la reciba, el acto administrativo en que ésta conste prestará mérito ejecutivo (y tendrá los mismos efectos jurídicos de una conciliación. Los términos de caducidad establecidos en el Código Contencioso Administrativo para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contarán a partir de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que originó la supresión del empleo.) **(Aparte en paréntesis declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencias C-642 de 1999 y C-1341 de 2000)**

ARTICULO 40. EFECTOS DE LA INCORPORACION DEL EMPLEADO DE CARRERA A LAS NUEVAS PLANTAS DE PERSONAL. A los empleados que hayan ingresado a la carrera previa acreditación de los requisitos exigidos al momento de su ingreso, no podrá exigírseles requisitos distintos en caso de incorporación o traslado a empleos iguales o equivalentes. La violación a lo dispuesto en el presente artículo será causal de mala conducta, sancionable disciplinariamente sin perjuicio de las demás responsabilidades legales.

Decreto 1572 de 1998

Artículo 46º.- Cuando se reforme total o parcialmente la plantas de personal de una entidad y sea suprimido el cargo que ejerza un empleado sin derechos de carrera que se encuentre en período de prueba, éste deberá ser incorporado al

empleo equivalente que exista en la nueva planta de personal, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño. Igualmente cuando los empleos de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conforman la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, deberán ser incorporados por considerarse que hubo supresión de los empleos.

En estos casos los empleados continuarán en período de prueba hasta su vencimiento.

Si la incorporación se hiciera a cargo no equivalente, la vinculación tendrá el carácter de provisional.

De no poder efectuarse la incorporación el nombre de la persona se reintegrará, mediante resolución motivada proferida por el Jefe de la entidad, a la lista de elegibles, si aún estuviere vigente, en él puesto que le correspondería.

Artículo 133º.- *El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce por cualquiera de las causales determinadas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y conlleva el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a la misma. De igual manera se produce el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera que deba ser provisto por concurso o cuando se produzca como resultado de incorporación a un empleo no equivalente al anteriormente desempeñando sin que éste haya sido suprimido, casos en los cuales adquirirá el carácter del provisional. (...)*

Artículo 135º.- *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 a optar por ser incorporados a empleos equivalentes conforme con las reglas de que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, para lo cual debe surtirse el trámite que legalmente se adopte o por recibir la indemnización de que trata el artículo 137 de este Decreto.*

Mientras se produce la incorporación de registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha incorporación a éste le será actualizada la inscripción y continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo.

De no ser posible la incorporación dentro del término señalado en la ley, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

Parágrafo.- *Producida la incorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquélla, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales.*

Artículo 136º.- *Cuando se conforme total o parcialmente la planta de personal de una entidad y los empleos de carrera de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conforman la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, estos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño exigibles a los titulares con derechos de carrera de los anteriores cargos, quienes deberán ser incorporados en la situación en que venía, por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.*

En sentencia del 26 de julio de 2012¹, el Consejo de Estado, al resolver situaciones a las cuales se aplica el conjunto normativo antes señalado, explicó las clases de incorporación existentes en dicho momento y sus alcances de la siguiente manera:

“(...) el conjunto normativo en comento también prevé la posibilidad de que un empleado que se encuentre inscrito y a quien se le suprime el cargo, sea incorporado a un empleo equivalente, para lo cual deben observarse las siguientes reglas:

- 1. La incorporación debe efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la supresión del cargo.*²
- 2. El cargo en el cual se incorpore el servidor debe ser equivalente al que desempeñaba y fue suprimido, debe estar vacante o haberse creado de acuerdo con las necesidades del servicio.*
- 3. Procede siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos.*
- 4. El incorporado conserva los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera.*
- 5. De no ser posible la incorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.*

Conforme a las directrices que se acaban de consignar y como lo ha señalado la Sección, son dos los tipos de incorporación que pueden presentarse, en cuanto

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 26 de julio de 2012. Rad. No. 25000-23-25-000-2001-06353-03(1409-10), citando también lo expresado por dicha Sección en sentencia del 22 de julio de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07961-01(2781-08).

² Sobre este aparte subrayado de la sentencia citada, se advierte respetuosamente una inconsistencia, por cuanto es la reincorporación la que cuenta con un límite temporal de seis (6) meses.

responden a objetivos distintos, ocurren en momentos diferentes y cada una se rige por normas propias.

.-Incorporación directa u oficiosa: Esta modalidad de incorporación procede después de proferidos tres actos administrativos, uno de contenido general y abstracto que modifica la estructura del ente; otro por el cual se suprime la planta de personal y se expide una nueva planta; y otro, de contenido particular y concreto que en definitiva señala qué empleos son los que efectivamente se suprimieron identificando los empleados que por tal razón deben retirarse, y las personas que continuarán en los cargos subsistentes.

Esta primera modalidad de incorporación es la descrita en el párrafo 1º del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, y que procede para quienes no se les suprime el empleo y por ello la vinculación se hace en el mismo empleo, o a quienes los titulares de los empleos que sin cambiar de funciones quedan en la nueva planta variando solamente su denominación y grado de remuneración, pues la ley presume de derecho que el cargo no ha sido suprimido. En estos casos tales cargos no pueden tener requisitos superiores a los exigidos en el anterior y los empleados deben ser incorporados sin acreditar requisitos diferentes.

En esta forma de incorporación el empleado no hace uso de la opción de solicitar la incorporación en cargo equivalente, sino que la misma procede de manera oficiosa y el derecho a permanecer en la nueva planta se infiere únicamente de que el cargo no haya sido suprimido ni expresa ni tácitamente. En este evento, la administración de manera discrecional y siempre en pro del buen servicio, es la que decide quien debe continuar en el empleo ante la imposibilidad material de incorporar a todos sus empleados.

Incorporación por solicitud del empleado: El otro tipo de incorporación es la que surge de los incisos 1º y 2º del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, y que ocurre una vez expedido el acto administrativo particular y concreto, del cual se deduce la supresión de los cargos de los que no fueron incorporados, quedando retiradas del servicio personas de carrera administrativa cuyos cargos resultaron suprimidos, pero conservando sus derechos de carrera, que se traducen en el derecho de optar por ser indemnizados, o ser incorporados a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en las plantas de personal.

En esta segunda modalidad de incorporación interviene la voluntad del empleado a quien se le suprimió el cargo, y procede siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo. Por ende se trata de una situación reglada en la cual el nominador debe analizar la equivalencia de los cargos como una equivalencia de funciones y responsabilidades.

Se entiende equivalente un empleo con otro, si las funciones asignadas a ambos resultan homologables frente a las calidades de un determinado empleado. En tal situación, la entidad mide las condiciones de formación y capacidad frente a los nuevos requerimientos del servicio público y si ellas resultan aceptables podrá ordenar su incorporación por equivalencia. Si por el contrario no ha sido posible su incorporación deberá retirarse definitivamente, pero con el pago de la indemnización que consagra la ley para los empleados de carrera administrativa.”

B) REGULACION VIGENTE

En la actualidad, la incorporación y reincorporación de servidores públicos de carrera administrativa se encuentran reguladas por la Ley 909 de 2004, el Decreto 1227 de 2005 y el Decreto Ley 760 de 2005, en disposiciones que a continuación se relacionan y serán objeto de posterior análisis a lo largo del presente documento:

LEY 909 DE 2004

Artículo 42. *Pérdida de los derechos de carrera administrativa.*

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley. (...)

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.*

Parágrafo 1º. *Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.*

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya

pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 45. *Efectos de la incorporación del empleado de carrera administrativa a las nuevas plantas de personal. Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.*

DECRETO 1227 DE 2005

Artículo 38. *Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y sea suprimido el cargo que ejerza un empleado sin derechos de carrera que se encuentre en período de prueba, este deberá ser incorporado al empleo igual o equivalente que exista en la nueva planta de personal. Igualmente, cuando los empleos de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación, los empleados en período de prueba deberán ser incorporados sin exigírseles nuevos requisitos, por considerarse que no hubo supresión de los empleos.*

En estos casos los empleados continuarán en período de prueba hasta su vencimiento.

De no poder efectuarse la incorporación a un empleo igual o equivalente, el nombre de la persona se reintegrará, mediante resolución motivada proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la lista de elegibles en el puesto que corresponda, si esta aún estuviere vigente.

Artículo 47. *Al empleado inscrito en carrera administrativa que cambie de empleo por ascenso, traslado, incorporación, reincorporación, se le deberá actualizar su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa.*

Artículo 87. *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 reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

Mientras se produce la reincorporación, el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación.

Efectuada dicha reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado en el decreto ley el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

Parágrafo. *Producida la reincorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquella, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales.*

Artículo 88. *Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y los cargos de carrera de la nueva planta sean iguales o se distingan de los que conformaban la planta anterior solamente en su denominación, los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de estos, sin que se les exija requisitos superiores para su desempeño.*

DECRETO LEY 760 DE 2005

Artículo 28. *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 parágrafo 2° 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.

Parágrafo. *Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.*

Artículo 29. *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, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, 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.*

Artículo 30. *El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la*

entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior.

Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización.

Artículo 31. *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 esta 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.

DECRETO 1746 DE 2006

Artículo 1°. *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.*

CIRCULAR No. 3 DE 2011 CNSC

“(...) En los casos de supresión de empleos de carrera, se resalta la obligación de las entidades de realizar la incorporación dentro de la misma planta de personal o en la entidad que asuma las funciones en caso de liquidación o supresión, teniendo en cuenta el derecho preferencial que tienen los servidores públicos que ostentan derechos de carrera administrativa.

Para el trámite de la reincorporación la entidad deberá observar lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 760 de 2005 y comunicar por escrito al ex – servidor las razones por las que no fue posible su incorporación y garantizar la oportunidad para que dentro de los cinco (5) días siguientes ejerza la reclamación por no incorporación ante la Comisión de Personal o escoja entre la reincorporación o la indemnización.

En caso que el ex – empleado opte por la reincorporación, el Jefe de la entidad, en su calidad de autoridad nominador, debe enviar la siguiente documentación a la CNSC para iniciar el trámite administrativo, en expediente individual por cada solicitante (...)

Una vez la entidad remita la documentación solicitada en esta Circular o la adicional que la CNSC requiera, y según la fecha de radicación de la totalidad de los documentos en la Comisión, comenzará a contarse el término de seis (6) meses previstos para revisar las posibilidades de reincorporación del ex – empleado, en los términos establecidos en la normatividad vigente. Lo anterior, con el propósito de proteger los derechos de los ex empleados que optaron por la reincorporación, los cuales no se verán afectados por la demora o insuficiencia en el envío de la información necesaria.

(...)

Es importante aclarar, que la CNSC podrá ordenar la reincorporación, en cualquier entidad donde se encuentre un cargo de carrera igual o equivalente al que era titular el ex – empleado, es decir, en aquel sobre el cual ostentaba los derechos de carrera administrativa.

(...)”

II. LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA FRENTE A PROCESOS DE MODERNIZACION Y REESTRUCTURACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Para efectos del estudio de los aspectos relevantes sobre las figuras de la incorporación y reincorporación, de conformidad con la normatividad, jurisprudencia y doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil en la materia, se considera importante partir del análisis del principio constitucional de estabilidad en el empleo para los servidores públicos que hacen parte de la carrera administrativa, en el contexto de reformas a la estructura de la Administración que impliquen la supresión de sus empleos, por cuanto la incorporación, reincorporación e incluso la indemnización, son expresiones de dicha estabilidad.

Así, encontramos que el principio de estabilidad en el empleo contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política guarda especial consonancia con el artículo 125 de la Carta, el cual dispone que el retiro del servicio de los servidores públicos de carrera administrativa, que han ingresado como resultado de haber superado un concurso público de méritos, sólo procede 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.

La estabilidad laboral que cobija a los servidores públicos de carrera administrativa no es absoluta y se encuentra siempre sujeta al interés general, en especial, a las necesidades de la Administración para adecuar su estructura y funciones de modo que atienda de manera eficiente el cumplimiento de sus objetivos constitucionales y legales. Sin embargo, emana del principio de estabilidad laboral la necesidad de disponer de medidas que permitan a la Administración reorganizarse y suprimir empleos al tiempo que no se menoscaben los derechos de los servidores públicos de carrera administrativa. En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

“En virtud de los artículos 125 y 209 de la Constitución como lo ha reiterado esta Corporación en múltiples oportunidades, la administración pública tiene la facultad de adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio; por lo tanto puede crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, sin que lo anterior implique el menoscabo del derecho a la estabilidad laboral que se deriva de la calidad de trabajadores inscritos en la carrera administrativa. En la sentencia T-375 de 2002 se dijo al respecto:

“Igualmente, no hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que

justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, “no significa que el empleado sea inamovible.”

“De otra parte ha de señalarse que el derecho a la estabilidad, no impide que la Administración, por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general.”³

Igualmente, en Sentencia C-209 de 1997 la referida Corporación 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 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

³ Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 2009. Ver también sentencias T-375 de 2002 y C-527 de 1994, entre otras.

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.”

En consonancia con lo anterior, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto 0019 del 10 de enero de 2012, señala que toda reforma de planta de personal debe soportarse en razones objetivas contenidas en estudios técnicos que las demuestren, así:

“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- (...)”

Por otro lado, sobre la estabilidad de los servidores públicos que ostentan derechos de carrera en situaciones de supresión de empleos, esta Comisión ha expresado lo siguiente:

“La estabilidad en el empleo de los funcionarios de carrera no es absoluta, pues la administración obedeciendo a intereses superiores de carácter general y en beneficio del funcionamiento del servicio público se ve avocada en algunos eventos (modernización, ajuste institucional, fusiones, supresión y liquidación de entidades) a suprimir determinados empleos de carrera, frente a lo cual los afectados con esta medida deben ceder ante el interés general, circunstancia frente a la que el empleado que ostenta derechos de carrera cuenta con mecanismos que refuerzan su estabilidad y que se expresan en el derecho a ser incorporado en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal.”⁴

⁴ Comisión Nacional del Servicio Civil. *Compendio de Normatividad y Doctrina en Empleo Público y Carrera Administrativa*. Bogotá D.C., 2011. Introducción por el Comisionado Frídole Ballén Duque.

Es por ello, que la Ley 909 de 2004 contempla en su artículo 44 que los empleados públicos de carrera administrativa a quienes se le suprima el empleo del cual son 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. Lo anterior, de la siguiente manera:

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, en el evento en que a un empleado público de carrera se le suprima el cargo del cual es titular por cualquiera de las causales contenidas en la Ley, el ordenamiento prevé las siguientes figuras, en pro de garantizar su derecho a la estabilidad laboral:

- a) Derecho preferencial a ser incorporado a un cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal de la misma entidad o en otro empleo perteneciente a la planta de personal de la entidad que asumió las funciones, cuando haya ocurrido fusión, supresión, liquidación o escisión.
- b) Si lo anterior resulta de imposible realización o impracticable, el empleado cuenta con la facultad de escoger entre ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes en entidades públicas según el orden dispuesto en el Decreto Ley 760 de 2005 o recibir una indemnización por el perjuicio que se le causa al quedar cesante en forma definitiva.

Ahora, como lo ha precisado esta Comisión, debe tenerse en cuenta que el derecho de incorporación y de reincorporación que la ley le reconoce al empleado de carrera se circunscribe a la protección y mantenimiento de los mismos derechos que éste ostentaba al momento de la supresión de su empleo de carrera. En ningún caso, dichos mecanismos constituyen una oportunidad de mejorar las condiciones laborales y de carrera del titular al que se le ha suprimido

el empleo de carrera, pues esto implicaría una situación de ascenso sin concurso, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico vigente⁵.

De otro lado, la estabilidad laboral de los servidores públicos de carrera administrativa también se manifiesta en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 909 de 2004, el cual prevé que en los eventos de incorporación y reincorporación, la supresión del empleo no es susceptible de generar la pérdida de derechos de carrera administrativa.⁶ Señala la norma:

ARTÍCULO 42. PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

*1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, **salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.***

2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.

3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo. (Negrilla y subraya fuera de texto).

De otro lado, es importante destacar que el derecho preferencial a la incorporación, así como el derecho a escoger entre la reincorporación o indemnización, es una prerrogativa exclusiva de los servidores que han adquirido derechos de carrera administrativa, de quienes se predica el principio de estabilidad laboral. En estos términos, se pronunció esta Comisión en concepto del 31 de marzo de 2009:

“(...) 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

⁵ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 12 de marzo de 2013. Radicación No. 03-13-2013-8684. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

⁶ Regla general prevista en la mencionada norma, en consonancia con la causal de retiro del servicio contemplada en el literal I del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

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 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. (...)"⁷

Así, los servidores nombrados en provisionalidad no tienen derecho a la incorporación ante la supresión del empleo que ocupan, excepto que en los actos administrativos expedidos por la entidad o por el Gobierno Nacional discrecionalmente así lo dispongan, por lo que en estos eventos la figura adquiere la connotación de una facultad o potestad del nominador, nunca una obligación.

En relación con los empleados nombrados en periodo de prueba, quienes aún no han adquirido derechos de carrera administrativa, el artículo 38 del Decreto 1227 de 2005 establece igualmente un derecho de incorporación especial, consistente en que ante la supresión del cargo en el que realiza el periodo de prueba debe incorporarse en un empleo igual o equivalente que exista en la nueva planta de personal, continuando hasta su culminación el periodo de prueba en ese nuevo empleo. No obstante, la norma no prevé una reincorporación en el evento en que la incorporación del servidor no sea posible, en su lugar, el servidor es separado del servicio y regresa a formar parte de la lista de elegibles del empleo si la misma aún se encuentra vigente, situación que declara la Comisión Nacional del Servicio Civil por acto administrativo motivado.

⁷ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 31 de marzo de 2009. Radicado No. 02-2008-29335-32324. Despacho Comisionado Frídole Ballén Duque.

III. GENERALIDADES SOBRE LA INCORPORACION, REINCORPORACION E INDEMNIZACION

A) DEFINICION DE INCORPORACION

La incorporación es un derecho preferencial que ostentan los servidores públicos inscritos en la carrera administrativa, bajo el cual, ante la supresión de los empleos sobre los cuales son titulares por causas establecidas en la Ley, cuentan con el derecho a ser vinculados en empleos iguales o equivalentes en la nueva planta de personal de la entidad o de otra que haya asumido sus funciones, de ser esto posible.

En el mismo sentido del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el artículo 87 del Decreto 1227 de 2005 establece que 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 o de la planta de personal de aquella entidad que haya asumido las funciones y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir una indemnización conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones (Decreto Ley 760 de 2005).

El artículo 88 del Decreto 1227 de 2005 dispone que cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y los cargos de carrera de la nueva planta sean iguales o se distingan de los que conformaban la planta anterior solamente en su denominación, los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de estos, sin que se les exija requisitos superiores para su desempeño. La norma contempla esta figura de incorporación automática, sobre la cual la Comisión tuvo oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

“Si la autoridad competente dispuso la modificación de la planta de personal, eliminando y creando empleos, el nominador se encuentra obligado a acreditar que la supresión no sea meramente formal sino que efectivamente el empleo haya desaparecido de la estructura de la entidad reorganizada. (...) La aplicación de la figura de incorporación automática prescinde de todos aquellos factores que imposibilitan la revinculación de servidor con derechos de carrera administrativa, si pese a la supresión formal del empleo,

las funciones inherentes a este persisten dentro del contenido funcional de alguno de los cargos adoptados en la nueva planta de personal.”⁸

Es importante precisar que en primer lugar, el servidor público con derechos de carrera tiene el derecho a la incorporación, por lo que una vez se considera por parte de la entidad la imposibilidad de realizarla debe comunicarle esta situación, indicándole que cuenta con dos (2) opciones en estricto orden: optar por la reincorporación o por una indemnización; vencidos los términos previstos en la normatividad (aspecto que se analizará más adelante), se configura el retiro del servicio⁹.

En este sentido, encontramos que el artículo 29 del Decreto Ley 760 de 2005 establece 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, indicándole que cuenta con la opción de elegir entre la reincorporación en empleo igual o equivalente o la indemnización que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

B) CARÁCTERÍSTICAS DE LA INCORPORACION

De acuerdo a lo expuesto, pueden resaltarse como características de esta figura las siguientes:

- La incorporación no es una potestad discrecional o facultativa, es una obligación del nominador, quien debe verificar desde el punto de vista efectivo y material la supresión del cargo y de ser así revisar si existe empleo igual o equivalente para mantener la vinculación laboral del empleado.
- La incorporación puede darse de manera automática cuando el nominador evidencie que la supresión del empleo es formal, es decir, en la nueva planta sólo cambia su denominación, manteniéndose su contenido funcional incólume.

⁸ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 25 de mayo de 2010. Radicado No. 02-2010-11317. Despacho Comisionado Frídole Ballén Duque.

⁹ Respecto del término para considerarse efectuado el retiro del servicio puede consultarse: Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 31 de enero de 2013. Radicación No. 03-02-2013-709. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

- La incorporación tiene lugar en la nueva planta de empleos de la misma entidad pública en la que se encontraba vinculado el servidor con derechos de carrera.
- La incorporación también tiene lugar en empleos de la planta de personal de la entidad pública que haya asumido las funciones de aquella a la que el servidor público pertenecía (en eventos como fusión, supresión, liquidación, escisión), siempre que se compruebe que los empleos sean iguales a los ocupados con anterioridad.
- La incorporación se materializa de manera previa al retiro del servicio, pues se entiende que el nominador después de examinar la nueva planta de empleos no halló uno con condiciones iguales o equivalentes al suprimido, evento en que se configura el retiro.
- El responsable de la unidad de personal debe expresar los motivos sustanciales por los cuales no fue procedente la incorporación de un servidor con derechos de carrera y comunicar al funcionario afectado, indicándole la posibilidad de elegir entre la reincorporación o la indemnización.
- Ante la supresión efectiva de un empleo, es obligación de la entidad informarle al servidor público con derechos de carrera que conforme a las normas legales y reglamentarias puede optar por realizar las siguientes actividades en el siguiente orden:
 - a) Reclamar en primera instancia ante la Comisión de Personal y en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil por considerar que le asiste el derecho a ser incorporado.
 - b) Solicitar ser reincorporado en un empleo igual o equivalente.
 - c) Aceptar recibir la indemnización contemplada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

C) PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORACION

Una vez emitido el acto general por parte de la autoridad competente que contiene la modificación o reestructuración de la planta de personal de la entidad, el nominador, con el apoyo de la unidad de personal o dependencia que haga sus

veces, deberá verificar en primer lugar, si los empleos de los cuales son titulares servidores públicos de carrera administrativa han sido efectivamente suprimidos y, de ser así, debe entonces analizar la viabilidad de ubicar a los servidores en cargos de la nueva planta de personal iguales o equivalentes al empleo de carrera suprimido y sobre el cual ostentaban estos derechos.

De no ser posible incorporar al servidor, el Jefe de la Unidad de Personal de la entidad debe comunicar al empleado afectado con la supresión de esta circunstancia, indicando de manera clara y precisa las razones por las cuales no es posible la incorporación así como informándole sobre la posibilidad de optar por la reincorporación o la indemnización. El ex empleado deberá manifestar su decisión mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación según lo previsto por el artículo 30 del Decreto Ley 760 de 2005. Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización.

En este punto se destaca que la entidad pública, al informar al servidor, no puede variar el orden de las alternativas que ofrece el ordenamiento jurídico, siendo primero la posibilidad de reclamar ante la respectiva Comisión de Personal por considerar que es procedente la incorporación; en segundo lugar, optar por la reincorporación y en tercer lugar optar por recibir la indemnización.

Se reitera que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación sobre supresión del empleo, el servidor público de carrera que considere afectado su derecho preferencial a la incorporación (p. ej, en razón a que a su juicio sí existe empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal) o que la incorporación implica desmejora en sus condiciones laborales (p. ej., se incorpora en un empleo con menor grado salarial), puede presentar reclamación en primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad cumpliendo con los requisitos indicados en el artículo 4 del Decreto Ley 760 de 2005.

La Comisión de Personal decidirá mediante acto administrativo motivado en un término no superior a ocho (8) días y contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰.

¹⁰ Diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, conforme el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

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 esta 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 acuerdo a lo expresado en el presente concepto unificado.

D) OPORTUNIDAD PARA EFECTUAR LA INCORPORACION

En cuanto a la existencia de un plazo para que la entidad realice la actuación encaminada a verificar la procedencia de la incorporación, esta Comisión ha sostenido lo siguiente:

“La normatividad no establece un plazo para adelantar el proceso de incorporación de los funcionarios de la planta de personal, sin embargo es necesario realizarlo de manera inmediata, una vez entre en vigencia el acto administrativo de adopción de la nueva planta, con el fin de dar cumplimiento al artículo 44 de la Ley 909, para el caso en que se haya definido suprimir el empleo a funcionarios con derechos de carrera; y realizar los actos administrativos de incorporación y posesión de aquéllos servidores que pasen a otros empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal.”¹¹

E) COMPETENCIA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL EN MATERIA DE INCORPORACION Y REINCORPORACION

De acuerdo a las normas que regulan la materia, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil se circunscribe en resolver las reclamaciones interpuestas en segunda instancia por los empleados con derechos de carrera que consideren que no han sido incorporados existiendo empleos iguales o equivalentes para tal efecto, o en el caso de que se produzca desmejoramiento de las condiciones laborales por causa de las incorporaciones efectuadas, esto, en

¹¹ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 20 de septiembre de 2012. Radicación No. 09-14-2012-44922. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

consonancia con la función asignada en el literal d) del artículo 12 de la Ley 909 de 2004¹².

De ninguna manera la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene competencia para pronunciarse sobre el proceso de reestructuración realizado que da lugar a la incorporación; como bien se ha precisado por este ente: *“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.”*¹³

Sin perjuicio de lo expuesto, para lograr la garantía de protección efectiva de los derechos de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil considera importante señalar que dentro de los procesos de reestructuración, modernización o reforma, las autoridades públicas deben garantizar la existencia, integración y correcto funcionamiento de las Comisiones de Personal, de modo que las mismas continúen ininterrumpidamente con el ejercicio de sus funciones para defensa de los derechos de los servidores públicos.

F) DEFINICION DE REINCORPORACION

La reincorporación es un derecho al cual puede optar un servidor público de carrera administrativa en el evento en que el cargo sobre el cual es titular haya sido suprimido por causas previstas en la Ley y no sea posible la incorporación por parte del nominador en la nueva planta de personal de la entidad a la que pertenecía el empleo o en otra, incluso, después de haberse surtido el proceso de reclamación ante la respectiva Comisión de Personal y, de ser el caso, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en segunda instancia.

La reincorporación es efectuada previa aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien estudia la posibilidad de realizarla, determinando la existencia de empleos iguales o equivalentes en las plantas de personal de las entidades públicas en el orden señalado en el Decreto Ley 760 de 2005.

G) REGLAS PARA LA REINCORPORACION

¹² Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 24 de junio de 2011. Radicación No. 03-30-2011-20673. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

¹³ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 31 de marzo de 2009. Radicado No. 02-2008-29335-32324. Despacho Comisionado Frídole Ballén Duque.

El artículo 28 del Decreto Ley 760 de 2005 dispone las reglas para efectuar la reincorporación, señalando que la misma 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:

- a) En la entidad en la cual venía prestando el servicio.
- 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.

Igualmente, dispone la norma que la reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y que, de no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión ha precisado la diferencia entre la incorporación y reincorporación de la siguiente manera:

“(...) en concepto de esta Comisión, la diferencia entre incorporación y reincorporación, es que la incorporación la efectúa directamente el jefe de la entidad en la cual se suprime el cargo en un empleo igual o equivalente, de manera inmediata si existe la vacante, o si está provisto el cargo por nombramiento provisional o por encargo, teniendo en cuenta solamente los requisitos que aportó en el momento de su ingreso. Mientras que la reincorporación procede previa autorización de esta Comisión, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que recibe la información de que el ex-empleado optó por ser reincorporado; pudiendo ser ordenada dicha reincorporación en un empleo equivalente o igual, en la misma entidad en la cual se suprimió el cargo, en la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido; en las del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido; en cualquiera entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso, y siempre y

*cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarlo.*¹⁴

Por su parte, el párrafo del artículo 87 del Decreto 1227 de 2005 establece que producida la reincorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquella, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales.

H) PROCEDIMIENTO PARA LA REINCORPORACION

La reincorporación procede siempre que el servidor público de carrera administrativa a quien le hayan comunicado sobre la supresión de su empleo y la imposibilidad de incorporación presente dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación, escrito ante el nominador en el que manifieste su decisión de optar por la reincorporación en empleo igual o equivalente.

De igual forma, según lo señalado en el inciso 4 del artículo 31 del Decreto Ley 760 de 2005, procede cuando el empleado manifiesta por escrito ante el nominador la decisión de reincorporarse, dentro de los tres (3) días siguientes a la firmeza de la decisión que resuelve desfavorablemente la reclamación presentada ante la Comisión de Personal en aras de obtener la incorporación¹⁵.

Para el trámite de reincorporación la entidad debe remitir la respectiva información a esta Comisión, detallando la denominación, código y asignación básica que correspondía al cargo de carrera que le fue suprimido, así como el perfil de estudios y experiencia que acredita el ex empleado, para efectos de tramitar su reincorporación. Igualmente, a esta información deberá adjuntarse prueba de la comunicación al ex empleado sobre la supresión de su cargo, donde se le informa que no fue posible su incorporación directa a la nueva planta, así como copia del oficio en el cual haya manifestado su voluntad de optar por la reincorporación¹⁶.

¹⁴ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto con radicado No. 01-2-2005-2232. Despacho Comisionado Eduardo González Montoya.

¹⁵ La decisión sobre la reclamación presentada con ocasión de la no incorporación, adquiere firmeza si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del acto proferido por la Comisión de Personal no se interpone el recurso de apelación procedente ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; de haberse interpuesto, la decisión adquiere firmeza al día siguiente de la notificación del acto proferido por la CNSC. Lo anterior, según lo dispuesto por el Decreto Ley 760 de 2005 en consonancia con la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 24 de junio de 2011. Radicación No. 03-30-2011-20673. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

De manera concreta, la Circular No. 3 de 2011 estableció los requisitos y documentación exigida para dar inicio al proceso de reincorporación por parte de la CNSC, indicando que la entidad, a través del Jefe de la misma como autoridad nominador, debe remitir lo siguiente:

- a) Oficio informando a la CNSC de la supresión del empleo, indicando que el ex empleado ejerció el derecho a la reincorporación.
- b) Copia del oficio mediante el cual se le comunicó la desvinculación del empleo.
- c) Certificar que no hubo o no cursa reclamación por falta de incorporación en primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad. En caso de haber existido dicha reclamación, ésta debe encontrarse decidida en primera instancia y no estar impugnada ante la CNSC; para demostrarlo se remitirá copia del pronunciamiento respectivo que emita la Comisión de Personal.
- d) Copia de la comunicación mediante la cual el ex empleado manifestó la decisión de optar por la reincorporación dentro de los términos establecidos en el Decreto 760 de 2005.
- e) Certificación laboral que contenga:
 - i. Constancia de la formación académica y del tiempo de experiencia (distinguiendo si es laboral, profesional o relacionada), de acuerdo con los antecedentes que reposen en la historia laboral del ex empleado.
 - ii. La dependencia donde se encontraba ubicado el empleo.
 - iii. Datos personales como dirección y teléfono donde pueda ubicarse al ex empleado.
 - iv. Asignación básica mensual recibida por el ex empleado, con ocasión del empleo de carrera que ostentaba al momento de la supresión e indicar el año respectivo.
- f) Copia del Manual de Funciones y Competencias Laborales del empleo suprimido

- g) Copia de la certificación o del acto administrativo que indique la inscripción en el Registro de Carrera Administrativa del ex empleado que solicitó la reincorporación.

Sólo hasta que la Comisión Nacional del Servicio Civil reciba la totalidad de los documentos e información señalada en la Circular No. 3 de 2011 comenzará a contabilizarse el término de seis (6) meses previstos en el Decreto Ley 760 de 2005 para revisar las posibilidades de reincorporación.

Si del estudio efectuado por la Comisión se determina la posibilidad de reincorporar al servidor con derechos de carrera en un empleo igual o equivalente se emitirá acto administrativo que así lo ordene; en caso de que no proceda la reincorporación en el mismo acto administrativo se dispondrá lo pertinente a fin de que al ex empleado le sea reconocida la correspondiente indemnización, en los términos del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y del artículo 32 del Decreto Ley 760 de 2005.

De otra parte, se ha considerado por esta entidad que en caso que se determine la existencia de empleo igual o equivalente y se ordene la respectiva reincorporación y dicho acto administrativo adquiere firmeza, la instrucción deberá cumplirse ineludiblemente y no será procedente permitir el reconocimiento de indemnización. De rehusarse a tomar posesión del empleo igual o equivalente en el que se ordena la reincorporación, sin justificación alguna, o en caso de renuncia al mismo, luego de la posesión, se entenderá que el ex servidor renuncia a su derecho de estabilidad en el empleo de carrera del cual era titular y se deberá proceder a actualizar su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa¹⁷.

Si durante el adelantamiento del trámite de reincorporación, el ex servidor manifestase su deseo de desistir, de manera previa a que se decida por parte de la Comisión, la posibilidad de reincorporación, será procedente reconocer del derecho de indemnización¹⁸.

Una vez efectuada la reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo, tal como lo establece el artículo 87 del Decreto 1227 de 2005.

¹⁷ Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 12 de marzo de 2013. Radicación No. 03-13-2013-8684. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

¹⁸ *Ibíd.*

I) ACTUALIZACION DEL REGISTRO PUBLICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA

El artículo 47 del Decreto 1227 de 2005 dispone que al empleado inscrito en carrera administrativa que cambie de empleo por ascenso, traslado, incorporación, reincorporación, se le deberá actualizar su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa.

El artículo 87 del mencionado Decreto señala que mientras se produce la reincorporación, el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Indica además que efectuada dicha reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo. De no ser posible la reincorporación dentro del término de seis (6) meses contenido en el Decreto Ley 760 de 2005 el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

De otro lado, esta Comisión mediante Circular No. 3 del 28 de junio de 2012 impartió instrucción a los representantes legales y jefes de las unidades de personal de entidades cuyo sistema de carrera es vigilado por la CNSC, en el sentido de realizar las gestiones para actualizar el Registro Público de Carrera Administrativa antes de reformarse su planta de personal, de la siguiente manera:

“Antes de proceder a la reforma de la planta de empleos de una entidad, que implique la supresión de empleos de carrera, es indispensable que la misma, a través del jefe de la unidad de personal en cumplimiento del artículo 46, del Decreto 1227 de 2005, solicite la actualización del Registro Público de Carrera ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de establecer la condición o estatus real respecto a la carrera, de cada uno de los empleados de la entidad, para garantizar una correcta incorporación, reincorporación o posible indemnización, en los casos donde sea pertinente.

Lo anterior permitirá, minimizar posibles riesgos de incurrir en el desconocimiento de las normas de carrera.”

J) NOCION DE EMPLEOS IGUALES O EQUIVALENTES

Para efecto del estudio de la incorporación y reincorporación se hace necesario abordar los conceptos de equivalencia e igualdad entre empleos, nociones que circunscriben y limitan el campo de acción y los efectos de estas figuras.

En lo relativo a la igualdad entre empleos, ha considerado la Comisión Nacional del Servicio Civil que un empleo igual es aquel que tiene el mismo nivel, la misma denominación, el mismo código, los mismos requisitos y funciones y el mismo grado salarial¹⁹.

Sobre la equivalencia de los empleos, debe reiterarse lo que ha sostenido esta Comisión en el sentido que debe atenderse a la definición establecida en el Decreto 1746 de 2006, y que la incorporación o reincorporación por fuera de estos parámetros se torna improcedente. Así, en Concepto del 25 de mayo de 2010 con radicado No. 02-2010-11317 se dijo:

“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, siempre que dicho empleo sea también de carrera administrativa. 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 1º 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

¹⁹ Entre otros, ver: Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 17 de septiembre de 2010. Radicación No. 03-2-2010-35388. Despacho Comisionado Jorge Alberto García García.

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

K) REGULACION VIGENTE SOBRE INDEMNIZACION

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley 760 de 2005 el jefe de la entidad, mediante acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición en los términos de la Ley 1437 de 2011, deberá reconocer y ordenar el pago de la indemnización a que tiene derecho el ex empleado dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia de alguno de los siguientes hechos:

- a) Cuando el ex empleado hubiere optado expresamente por la indemnización.
- b) Cuando el ex empleado no hubiere manifestado su decisión de ser reincorporado.
- c) Cuando al vencimiento de los seis meses para ser reincorporado, no hubiere sido posible su reincorporación en empleo igual o equivalente al suprimido.

La Ley 909 de 2004 establece en el párrafo segundo de su artículo 44 la tabla de indemnizaciones, señalando que es indispensable que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para su reconocimiento y pago. En este sentido, las reglas para la indemnización son las siguientes:

- 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.*
- 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.*
- 3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.*

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

De igual forma, el Decreto 1227 de 2005 dispone que la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los factores contemplados en el artículo 90 del mencionado Decreto²⁰.

La mencionada norma también indica que el pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma, y en caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación.

Por último, el artículo 94 del Decreto 1227 de 2004, establece un tratamiento especial de indemnización para la empleada en carrera administrativa sobre la cual no fue posible efectuar la incorporación y optó por la reincorporación sin que esto último fuere posible, consistente en que la entidad deberá pagarle a título de indemnización por maternidad los salarios que se causen desde la fecha de supresión del empleo hasta la fecha probable del parto y efectuar el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte que le corresponde, en los términos de ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto. Además tendrá derechos a que la respectiva entidad de seguridad social le reconozca el valor de las catorce (14) semanas²¹ por concepto de la licencia remunerada por maternidad.

²⁰ **Artículo 90.** La indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los siguientes factores:

90.1. Asignación básica mensual correspondiente al empleo de carrera del cual es titular a la fecha de su supresión.

90.2. Prima técnica cuando constituya factor salarial.

90.3. Dominicales y festivos.

90.4. Auxilios de alimentación y de transporte.

90.5. Prima de navidad.

90.6. Bonificación por servicios prestados.

90.7. Prima de servicios.

90.8. Prima de vacaciones.

90.9. Prima de antigüedad.

90.10. Horas extras.

²¹ Teniendo en cuenta el término previsto en el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011.

El presente concepto fue aprobado, por unanimidad, en sesión de Comisión del 17 de septiembre de 2013, con ponencia del Despacho del Dr. José Elías Acosta Rosero.