

Bogotá D. C., 26 de abril de 2013

Rad: 03-12-2013-16582

Of. 14944

Doctora:
CARMENZA MOTTA RODRÍGUEZ
Contralora Departamental
Contraloría Departamental de Casanare
Carrera 9 No. 19-58
Yopal - Casanare

Ref.: Consulta sobre retiro del servicio. Rad. 16582 de 2013.

Respetada doctora Carmenza,

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:

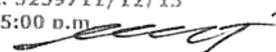
Refiere en su escrito que existen en esa entidad un grupo de servidores públicos, cuya vinculación se ha considerado provisional y, por tanto, se han venido solicitando a la Comisión las respectivas autorizaciones, para la continuidad de su provisión transitoria.

Indica, que respecto a una parte de ellos, la vinculación se produjo por concurso cerrado efectuado en el año 2003, del cual, en lo que se tiene conocimiento por parte de la entidad, no existe registro ni aprobación de la CNSC¹ y, que respecto de los demás, no existe evidencia de haberse adelantado concurso alguno.

Con fundamento en lo anterior, consulta si **¿Es posible desvincular del cargo a los funcionarios que se encuentran en las situaciones anteriormente señaladas, al vencimiento del término establecido en la autorización de nombramiento otorgada por la CNSC?**

Al respecto, es preciso señalar, que la Comisión Nacional del Servicio Civil, como autoridad encargada de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, carece de competencia para asesorar o interferir en el ejercicio de las facultades propias del nominador en materia del retiro del servicio público, pues las mismas son del exclusivo resorte de dicho funcionario.

¹ Cabe resaltar que para la época de los hechos no se encontraba conformada la CNSC.
Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11



En efecto, la facultad de retirar del servicio a un servidor público que desempeña un empleo de carrera **corresponde de manera exclusiva al nominador de la entidad a la cual se encuentra vinculado y es reglada.**

En virtud de lo primero, la Comisión Nacional del Servicio Civil no se encuentra facultada para pronunciarse sobre cuándo es viable o no una declaratoria de insubsistencia, o la aplicación de cualquier otra figura de retiro, pues dicha facultad es propia del nominador, quien la debe ejercer dentro de los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes.

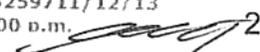
Por su parte, el carácter reglado del retiro implica que el mismo solo es procedente en la medida que se ajuste a las normas que rigen la materia, en especial, a las causales dispuestas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

En todo caso, es fundamental para efectos del retiro, que el nominador tenga certeza sobre la condición respecto de la carrera del servidor público que desempeña un empleo de tal naturaleza. En este punto, se precisa que el hecho de que un servidor no se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa, no significa que, ineludiblemente, no tenga derechos de carrera. Téngase en cuenta que al tenor del artículo 49 del decreto 1227 de 2005, se consideran como empleados de carrera a quienes estén inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa y a quienes habiendo superado satisfactoriamente el período de prueba no se encuentren inscritos en él.

Ahora bien, si se tratase de empleados provisionales que desempeñan empleos de carrera, deberá tenerse en cuenta que la normatividad vigente establece que, *“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador por resolución motivada podrá darlos por terminados.”* (Artículo 10 del Decreto 1227 de 2005)

Al respecto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 04 de agosto de 2010, señaló:

“De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los

 2

derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada.(...)"² (Negrilla fuera de texto)

En ese mismo sentido, mediante fallo del 23 de septiembre de 2011, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado GERARDO ARENAS MONSALVE, se pronunció en torno a la obligación de motivar los actos administrativos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, en vigencia de la Ley 909 de 2004, así:

*"(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

² Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que la autorización encomendada a esta Comisión, es un medio de control de la provisión transitoria de los empleos de carrera y, como tal, no constituye una causal de vinculación ni de retiro del servicio, en virtud de lo cual, su otorgamiento no obliga a que se efectúe la provisión transitoria y su vencimiento no implica el retiro del servicio, pues tanto la nominación como el retiro, obedecen a facultades exclusivas del nominador, las cuales deben ser ejercidas de conformidad con la normatividad vigente.

Finalmente, le recuerdo que si se llegase a desvincular a algún servidor público, generando una vacante definitiva en un empleo de carrera, la misma deberá ser reportada a esta Comisión con el fin de que se disponga su oferta en el proceso de selección por mérito respectivo. Mientras se adelanta el proceso de selección, dicho empleo podrá proveerse transitoriamente a través de encargo y, en defecto de esta posibilidad, mediante nombramiento en provisionalidad. Cabe aclarar que el hecho de reportar la vacante a esta Comisión, no exime de solicitar la respectiva autorización de provisión transitoria a esta Comisión. No obstante, una vez se agote la etapa de oferta de los empleos dentro del respectivo proceso de selección, no se requerirá autorización para su provisión transitoria.

En los términos antes expuestos doy respuesta a su solicitud.

De la manera más atenta,


ANA ESPERANZA CASTRO JAIMES
Asesora de Despacho