

02- 014011

Bogotá, D.C. **Mayo 25 de 2010**

Radicado No. 02-2010-11317

Señor
JUAN CARLOS NIÑO PAIPILLA
Secretario de Servicios Administrativos
Gobernación del Putumayo
Calle 8 No. 7 – 40
Mocoa (Putumayo)

ASUNTO: *Proscripción del ascenso sin mérito - Estabilidad Laboral de los servidores con derechos de carrera administrativa y límites de las revinculación en empleos de carrera administrativa.*

La Comisión Nacional del Servicio Civil recibió el escrito de la referencia, mediante el cual consulta acerca de los derechos que asisten a los servidores con derechos de carrera administrativa en el evento de la supresión del empleo que desempeñan por efecto de la liquidación de una Entidad Departamental y cuál sería el empleo sobre el que tendrían estabilidad laboral cuando anteriormente habían sido incorporados en cargos superiores no equivalentes.

Al respeto este Despacho ofrece respuesta en los siguientes términos:

Es de aclarar que la CNSC como instancia consultiva no participa en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, menos cuando se trata de resolver casos particulares. El nominador junto con las unidades de personal son los encargados de tomar las decisiones que correspondan frente a los conflictos jurídicos laborales que surjan dentro del desarrollo y gestión el empleo público.

La respuesta de este Despacho se centrará en orientar a la interesada para que con base este concepto pueda determinar las situaciones y consecuencias concretas que se pueden configurar en una situación ocupacional como la expuesta.

1. Prohibición del ascenso automático sin mérito: La designación definitiva de un servidor en un empleo de carrera administrativa no equivalente, sin que previamente haya participado en un proceso de selección, incumpliendo los trámites y formalidades inherentes al concurso público de méritos, quebranta de manera esencial los criterios constitucionales para la provisión, permanencia, promoción y retiro de los servidores públicos llamados a realizar de manera continua los fines del Estado Colombiano.

La misma decisión ha sido considerada por el Consejo de Estado al concluir que los funcionarios con derechos de carrera administrativa designados definitivamente por el nominador para ocupar un empleo público de carrera superior dentro de la estructura de la planta de personal sin que su

provisión sea fruto de un concurso de mérito, no podrán pretender su actualización y ascenso en el Registro Público de Carrera Administrativa ni alegar reconocimiento de derechos de carrera administrativa adicionales a los adquiridos originalmente. Esto expuso la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado que refiriéndose a la específicamente a la carrera judicial ofrece elementos comunes aplicables a todos los sistemas de carrera:

“La circunstancia de que el actor haya desempeñado varios cargos de categoría superior a aquel en el cual fue incorporado al servicio de la Rama Judicial no genera en su favor ningún derecho de ascenso pues este sólo puede obtenerse por el sistema de mérito, tal como fue previsto por la Constitución para el desarrollo de la carrera. Este argumento se apoya, además, en la decisión tomada por la Corte Constitucional al declarar inexecutable la norma que permitía la incorporación automática a la Carrera Judicial (artículo 196 de la Ley 270 de 1996) por considerar que violaba el artículo 13 de la Constitución en tanto negaba a otros el derecho a tener las mismas oportunidades de acceso y el 125, que reclama demostrar la calidad exigida tanto para el ingreso como para el ascenso dentro de la carrera.

En el presente caso, la aspiración del demandante de ser escalafonado como Asistente Administrativo Grado 07 carece de fundamento por no haber hecho uso de los mecanismos que la carrera prevé para el ascenso que, en últimas, se contraen a demostrar la aptitud para el desempeño específico del cargo y a que dicha demostración se lleve a cabo en condiciones de igualdad respecto de otros aspirantes.”¹

Consecuencia necesaria de esta concepción unánime es la de que se revelan contrarias a la carrera administrativa los ascensos mediante incorporaciones de quienes carecen de los requisitos o no cumplen las condiciones legales, y también, necesariamente, las que se llevan a cabo sin los trámites y formalidades que, como el concurso, son exigidos por la Constitución y la ley.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido los límites que deben respetar los mecanismos que se implementen para promover definitivamente a un servidor que ya ha ingresado al sistema de carrera administrativa:

*“(…) el Constituyente no fijó él mismo los requisitos y condiciones específicos de ingreso y ascenso dentro de la carrera, sino que dejó la competencia respectiva en cabeza del legislador, sobre el supuesto -claro está- de que **reflejen el mérito como criterio de selección, y no las preferencias, la filiación política, las simpatías ni las recomendaciones.**”²*
(Subraya y resaltado fuera del texto original)

En este orden de ideas, a través del mecanismo ordinario de promoción en el sistema de carrera no hay cabida para acceder a un empleo público de carrera administrativa al margen de los principios constitucionales que propugnan por el mérito, la igualdad, objetividad y transparencia, aún si trata de la movilidad laboral de un servidor que integra el sistema de carrera administrativa, pues este no puede considerarse exento de cumplir los requisitos de la incorporación o los procesos de selección

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección “B”. M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, 21 de marzo de 2002. Ref: Expediente No. 99-6768 (0970-2001)

² Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

laboral como actuación que preceda a su promoción definitiva en un empleo de carrera de superior jerarquía al que viene desempeñando.

La adquisición de derechos de carrera administrativa no puede ser establecida por las omisiones o irregularidades en que incurrió el nominador o el jefe de personal de la entidad, sino por las normas legales que componen el sistema de carrera administrativa.

2. Límites del sistema general de carrera a las designaciones definitivas en la administración pública: La operatividad de los mecanismos de designación definitiva previstos por el régimen de carrera tiene claramente establecidos los parámetros que orientan su implementación por parte del nominador, sin que se pueda decirse válidamente que constituye una figura arbitraria para la provisión de empleos de carrera administrativa, ni mucho menos un mecanismo de promoción discrecional de los servidores que ya ingresaron en el sistema general de carrera administrativa.

El nominador al disponer el acto de designación definitiva debe guardar la mayor cautela para que no exceda o desborde los precisos límites de movilidad laboral establecidos en el Sistema General de Carrera Administrativa.

La definición de la condición laboral de un servidor ascendido arbitrariamente debe ser estudiada en el marco de los mandatos y principios que orientan el desarrollo de las relaciones laborales en el sector público. Entre dichos principios se encuentran la buena fe, que para el caso en cuestión favorece a los servidores públicos que acatan las órdenes unilaterales efectuadas por el nominador, con el fin de no ser perjudicados por el sólo hecho de aceptar o allanarse al cumplimiento de estas, y asumir por esa circunstancia todas las consecuencias perjudiciales que devienen de la ejecución de aquellas ordenes.

En este tipo de eventos la referida protección se concreta en no configurarse una causal de pérdida de derechos de carrera administrativa por haber tomado posesión con vocación de permanencia en un empleo de carrera superior no equivalente al que es titular. Por ello, el servidor en dicha condición podrá conservar derechos de carrera administrativa en el empleo en el cual **se actualizó por última vez su registro**, y su vínculo laboral con el cargo superior no equivalente se tendrá como realizado mediante la figura del encargo, que implica una promoción transitoria en un empleo de carrera vacante definitivamente.

Todas las prerrogativas de estabilidad laboral se predicarán respecto del empleo original, técnico supervisor, al que accedió definitivamente por mecanismos validos, y no frente al cargo sobre el que recibió arbitrariamente un privilegio de ascenso automático, profesional universitario.

3. Estabilidad laboral de servidores con derechos de carrera administrativa: Los servidores con derechos de carrera administrativa cuentan con estabilidad laboral, la cual tiene manifestación en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, que les protege brindándoles un fuero de permanencia frente a las distintas situaciones administrativas que resultan en la supresión de su cargo, al establecer que *“tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de*

la nueva planta de personal”, o a elegir entre la reincorporación y la indemnización, cuando no sea factible la incorporación.

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

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

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. Aquí el artículo 88 del Decreto Ley 1227 de 2005 establece que cuando el empleo en la nueva planta de personal sea igual o se diferencie únicamente en la denominación, el servidor tendrá que ser incorporado por el nominador, sin que se le puedan exigir requisitos adicionales a los que acreditaba para el empleo original. 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.

5. Derecho de reincorporación: En aquellos casos que no es posible la incorporación en la nueva planta de personal de la misma entidad donde pertenecía el empleo que desempeñaba el servidor con derechos de carrera administrativa retirado del servicio, éste puede escoger la reincorporación en las entidades de la administración pública en que esto se permite, *“mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación (...).”³*

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

³ Artículo 30 del Decreto 760 de 2005.

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

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

6. Equivalencia de los empleos para viabilizar la revinculación: incorporación y reincorporación: La prerrogativa de incorporación de la que gozan los servidores con derechos de carrera administrativa, implica que pueden desempeñar un **empleo igual o equivalente** en la nueva planta de empleos adoptada luego de la reestructuración, **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 1° del Decreto 1746 de 2006:

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

Como queda visto, el Sistema General de Carrera Administrativa trae unos límites precisos para que sea procedente la incorporación de un servidor público, haciendo énfasis en el parámetro salarial que no puede ser desbordado. Sobre este aspecto, en principio la incorporación es improcedente en empleos que tengan una asignación básica inferior a la que tenía estipulada el que fuera suprimido, porque constituiría una desmejora de las condiciones laborales adquiridas por el servidor, que a su vez es una causal autónoma de vulneración de los derechos de carrera y da

lugar una reclamación laboral. Tampoco es posible la incorporación en empleos que excedan el rango máximo previsto por la norma, pues de permitirlo, se convalidarían los ascensos automáticos que omiten el proceso de selección mediante concurso de méritos.

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

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

Cordialmente,

Original Firmado
FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado.

P/IPachón