

Bogotá D. C., 14 de agosto de 2012

Of. 33455

Rad: 03-23-2012-37125

Doctor
RAFAEL SANABRIA GÓMEZ
Asesor
Dirección de Asesora Jurídica Dptal Meta
Calle 47 A No. 41 – 93, Barrio Panorama
Villavicencio - Meta

Ref.: Consulta radicada bajo No. 37125 de 2012.

Respetado doctor Sanabria,

En atención a la consulta de la referencia le informo que, conforme 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, la atención de los temas referentes a la condición de provisional¹ y al retiro de tales empleados, no corresponden a esta entidad.

No obstante, a título de orientación, le indico:

I. CONSIDERACIONES:

El nombramiento en provisionalidad obedece a la necesidad de proveer transitoriamente un empleo de carrera, cuando atendiendo las normas de provisión y agotado el procedimiento de encargo, no es posible proveerlo con un empleado de carrera. En tal virtud, el vínculo laboral de quien ejerce un empleo de carrera a través de nombramiento en provisionalidad, es de naturaleza precaria.

La Ley 909 de 2004 estableció en su artículo 25, que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos **serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.**

¹ En relación con el tema de nombramiento en provisionalidad esta Comisión solo tiene competencia en lo que se refiere a la autorización para la provisión transitoria de empleos de carrera vacantes de manera definitiva por este modo.

En cuanto al retiro de empleados con nombramiento provisional, es importante resaltar, que **este es reglado**. Se precisa que las causales de retiro del servicio se encuentran dispuestas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

"(...) El retiro del servicio de quienes estén desempeñando *empleos de libre nombramiento y remoción* y **de carrera administrativa** se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;²
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;³
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(Parágrafo 1°. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

² Nota Jurisprudencial. En Sentencia C 541 Expediente D - 5474 la Corte Constitucional decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C 501 del 17 de mayo de 2005 que declaró inexecutable el literal c) del artículo 41 de esta Ley. Esta decisión se publicó en el Comunicado de Prensa de fecha, 24 de mayo de 2005. Nota Jurisprudencial. En Sentencia C 501 Expediente D - 5440 la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de esta ley. Esta decisión se dio a conocer en el Comunicado de Prensa de fecha, 17 de mayo de 2005. Nota Jurisprudencial. En Sentencia C 502 Expedientes D - 5519/ D-5549 la Corte Constitucional decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C 501 de 17 de mayo de 2003, que declaró inexecutable el literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004.

³ Nota Jurisprudencial. En Sentencia C 501 Expediente D - 5440 la Corte Constitucional declaró executable este literal, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. Esta decisión se publicó en el Comunicado de Prensa de fecha, 17 de mayo de 2005.

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

[Handwritten signature]

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario).⁴

Así mismo, debe 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 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.(...)”⁵ (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, en 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

⁴ Nota Jurisprudencial. En Sentencia C 541 Expediente D - 5474 la Corte Constitucional decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C 501 del 17 de mayo de 2005 que declaró inexecutable el literal c) y el párrafo 1º del artículo 41 de esta Ley. Esta decisión se publicó en el Comunicado de Prensa de fecha, 24 de mayo de 2005. Nota Jurisprudencial. En sentencia C 501 Expediente D - 5440 la Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo 1 del artículo 41 de esta ley. Esta decisión se publicó en el Comunicado de Prensa de fecha, 17 de mayo de 2005.

⁵ Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

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 se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

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.

En virtud de lo expuesto, el nombramiento provisional podrá darse por terminado siempre que se atienda la condición prevista en las normas en referencia, esto es, que en el acto administrativo de retiro se expresen los motivos que llevaron al nominador a adoptar tal determinación, tal como se indicó anteriormente. Los motivos deberán ser ciertos, verificables y suficientes, de tal suerte que, dado el caso, la administración pueda soportar su decisión ante un eventual juicio ante las autoridades judiciales.

Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

Vale la pena aclarar que la Comisión Nacional del Servicio Civil, no interviene en el proceso de retiro de los empleados en provisionalidad, pues éste obedece a una facultad exclusiva del nominador.

Ahora bien, en relación con la necesidad de solicitar autorización para la provisión transitoria de empleos de carrera le preciso que, esta es una obligación que recae en el representante legal de la entidad que requiere proveer el empleo o en su delegado. En consecuencia, la solicitud de prórroga de las autorizaciones concedidas por esta Comisión, es un asunto que concierne igualmente a dichos servidores públicos, motivo por el cual, en caso de que el empleo de carrera continúe provisto una vez vencido el término de la autorización inicial, la conducta omisiva del servidor público responsable se torna sancionable por parte de esta comisión, ante la vulneración de las normas de carrera.

Ahora bien, en relación con la provisión transitoria de empleos de carrera y el trámite de autorización para efectos de la misma, le sugiero revisar la Circular 05 de 2012, la cual empezó a regir a partir del 1 de agosto del año en curso y puede ser consultada en nuestra página web: www.cnsc.gov.co

En los términos antes expuestos doy respuesta a su solicitud, atendiendo lo previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De la manera más atenta,



JORGE ALBERTO GARCÍA GARCÍA
Comisionado

P: AECJ

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

5