

Presidencia

Bogotá D.C., **10 DIC. 2013**

Radicado de salida: 2013EE 43858

Doctora
CATERINE ARCIERI ARENAS
Directora de Recursos Humanos
Gobernación de Risaralda
Parque Olaya Herrera Calle 19 No. 13 – 17
Pereira - Risaralda

Radicado de entrada: 2013ER 51668 del 15 de noviembre de 2013
ASUNTO: SOLICITUD CONCEPTO

Respetada Doctora Caterine,

Procede este Despacho a dar respuesta a su solicitud, teniendo en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES:

Mediante el oficio con radicado de entrada No. 51668 del 15 de noviembre de 2013, Usted presentó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitud de concepto indicando lo siguiente:

"Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías y en particular las restricciones establecidas en la Circular No. 004 del 23 de agosto de 2013, esta territorial plantea la siguiente inquietud.

¿Las restricciones respeto (sic) a la vinculación a la nómina estatal tienen también alcance para lo (sic) encargos en vacancias temporales?, es decir si un funcionario de carrera con ocasión del otorgamiento de un encargo en otro empleo al dejar en vacancia temporal el cargo de carrera através (sic) de un encargo? ¿y el cargo que quede después de realizar los encargos puede ser provisto por nombramiento provisional?, esas vacancias temporales se conservarán mientras duran las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005?"

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Y RESPUESTA:

Antes de proceder a dar respuesta a sus inquietudes, el Despacho encuentra necesario señalar lo siguiente:

En primera medida, conviene referirse a las precisas funciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil para el ejercicio de las competencias de administración y vigilancia del sistema de carrera designadas por la Ley 909 de 2004, entre las cuales, si bien tiene la de absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa, lo cierto es que en virtud de ella no cuenta con la potestad para servir de instancia jurídica consultiva que participe en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, por lo que la respuesta se impartirá en términos generales, teniendo en consideración las normas de carrera y pronunciamientos de la CNSC que reglamentan la materia.

Precisado lo anterior, es pertinente traer a colación las disposiciones contenidas en la Ley 996 de 2005, relacionadas con las restricciones frente a las vinculaciones en las entidades del Estado, así:

“Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal.

Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

Parágrafo. *Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la organización electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.”*

Inciso cuarto del parágrafo del Artículo 38.

(...)

*La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, **salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.** (Resaltado fuera del texto original)*

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta del 26 de julio de 2007, señaló:

“En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es

decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. (Subrayas propias)”

En igual sentido, en consulta del 04 de febrero de 2010, señaló:

“Destaca la Sala el último inciso del párrafo transcrito, porque prohíbe a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer vinculaciones a la nómina del respectivo organismo o entidad territorial.”

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004.”

Ahora bien, con el fin de definir el alcance de aplicación de las referidas disposiciones con ocasión a las jornadas electorales del año 2014, la Comisión Nacional del Servicio Civil en el marco de sus competencias, expidió la Circular No. 004 del 23 de agosto de 2013, mediante la que dispuso al respecto lo siguiente:

“Como puede observarse, las normas transcritas señalan las restricciones respecto de la vinculación laboral a la nómina estatal de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, tanto del orden nacional como territorial, razón por la cual, debe entenderse que las excepciones a dicha prohibición se aplican indistintamente. En este sentido, durante el término de restricción señalado en la Ley, la provisión definitiva de los cargos en aplicación de las normas de carrera administrativa constituye una excepción a la prohibición legal de suspender cualquier forma de vinculación a la nómina estatal.

De esta manera, los empleos que se encuentre convocados en los procesos de selección que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, así como las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa que se generen con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente, debidamente aceptada, deberán proveerse así:

- 1) Para la provisión de las vacancias definitivas en cargos de carrera administrativa, **generadas con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo debidamente aceptada**, se debe tener en cuenta el orden de provisión señalado en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012 y deberá la entidad sustentar la solicitud de manera expresa, en el sentido que la misma va dirigida a mantener la prestación del servicio público.”*

Cuando se conforme una lista de elegibles, se designa al primero de la lista para el empleo respectivo. Al momento de la posesión en período de prueba, se terminará el encargo o se generará la insubsistencia del nombramiento del servidor que los estaba ocupando en provisionalidad.

- 2) Si como consecuencia de la designación del primero en la lista de elegibles se produce una vacante temporal en el empleo designado, éste cargo se podrá proveer en los términos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, para lo cual se deberá, durante el lapso de la restricción, informar dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación, indicando el cargo provisto y la vacante generada.*
- 3) Durante el período de restricción, el nominador deberá certificar en la solicitud de autorización, además de lo establecido en la Circular 005 de 2012, que deberá (sic) cumplimiento al inciso 4° del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y que la autorización que da la CNSC se sustenta en el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de C.P.*

Las solicitudes de autorización de prórroga de las provisiones transitorias de empleos, deben ser tramitadas ante la CNSC con la suficiente y debida oportunidad, tal como lo establece la Circular No. 005 de 2012.

(...)

Conforme a lo anterior, se tiene entonces que la restricción relacionada con la modificación a la nómina de las entidades del Estado tiene dos excepciones; la primera cuando se trate de provisión de empleos en vacancias definitivas que se generen por muerte o renuncia regularmente aceptada, y la segunda, cuando la modificación obedezca a la aplicación de normas de carrera.

Ahora bien, a fin de determinar los alcances de éstas excepciones, resulta preciso hacer referencia a las formas de provisión establecidas en las normas de carrera, teniendo que por regla general, los empleos de carrera se deberán proveer definitivamente de conformidad con el orden establecido en el artículo 7° del Decreto No. 1227 de 2005, modificado por el Decreto No. 1894 de 2012, así:

“Artículo 7°. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

No obstante, las normas han previsto la posibilidad de proveer transitoriamente los empleos de carrera a través del encargo y excepcionalmente mediante nombramiento provisional, previa autorización de la CNSC, proceso que la entidad deberá adelantar con sustento en las instrucciones que sobre el particular impartió la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Circular 005 de 2012, teniendo claridad que el encargo dentro del sistema de carrera, además de ser forma de provisión se constituyó en la Ley 909 de 2004 como un derecho preferencial de que gozan los servidores de carrera que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 24 ibídem.

Conforme a lo expuesto, cuando se trate de proveer vacancias definitivas generadas con ocasión a la muerte o renuncia regularmente aceptada, durante el período de la restricción contenida en la Ley 996 de 2005, la Entidad deberá preferentemente agotar la posibilidad de proveer el empleo de forma definitiva, conforme al orden relacionado en líneas precedentes.

De no ser posible y cuando por estricta necesidad del servicio se requiera proveer el empleo, podrá acudir al encargo como una forma transitoria y preferente de proveer empleos contenida en las normas de carrera administrativa, previa autorización de la CNSC y agotando para tal efecto el procedimiento establecido en la Circular arriba mencionada; medida ésta que se encuentra contemplada dentro del margen legal establecido por la Ley 996 de 2005, habida cuenta que se trata de normas de carrera y que en estricto sentido, no implica para la Administración la vinculación de un tercero externo a su planta, sino el movimiento de un servidor que cuenta con derechos de carrera, entre ellos el de la movilidad laboral.

Ahora bien, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 en su inciso final, dispuso expresamente como una excepción a la restricción cuando: "...se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada."; en este sentido y bajo el entendido que el nombramiento provisional es una forma excepcional de proveer transitoriamente

empleos de carrera, que procede sólo en el evento en que no exista dentro de la planta de la Entidad servidor que cumpla con los requisitos para ser encargado, se tiene que dicha forma de provisión está contenida dentro de las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías Electorales, pero únicamente cuando la vacante definitiva del empleo se haya generado con ocasión a la muerte o la renuncia regularmente aceptada y no sea posible su provisión a través del encargo, caso en el cual podrá la Entidad solicitar a la CNSC autorización para nombramiento provisional, debiendo tener en consideración los requisitos contenidos en la Circular 005 de 2012 y el numeral 3º de la Circular 004 de 2013.

Frente a esta excepción el Consejo de Estado¹ señaló:

“En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en dos casos:

- *La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y*
- *Aplicación de las normas de carrera administrativa.*

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías.”

De otra parte, en tratándose de la segunda excepción de que trata el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 en su inciso final, referida a la provisión de un empleo con ocasión a la aplicación de normas de carrera, resulta necesario precisar el alcance de dicha excepción, teniendo en consideración tres eventos:

- Empleos de carrera convocados a proceso de selección para los que se conforme lista de elegibles; caso en el cual, deberá la entidad en cumplimiento a las normas de carrera, proceder a efectuar nombramiento en período de prueba.

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, 26 de julio de 2007, MP. GUSTAVO APONTE SANTOS

- Empleos en situación de vacancia temporal o transitoria.
- Empleos de carrera en situación de vacancia definitiva, generada por situaciones diferentes a la muerte o renuncia regularmente aceptada y no convocados a concurso.

Si durante el período de restricción establecido en la Ley 996 de 2005, hay lugar a la provisión definitiva de los empleos que se encuentren en ésta última situación, conforme el orden establecido en el artículo 7º del Decreto No. 1227 de 2005, modificado por el Decreto No. 1894 de 2012, al tratarse de aplicación de normas de carrera, dicha provisión está contemplada dentro de las excepciones a la prohibición contenida en la Ley ibídem.

Ahora bien, a fin de determinar si en caso de no ser posible la provisión definitiva de estos empleos, resultaría procedente y viable su provisión transitoria durante el término de restricción establecido en la Ley 996 de 2005, conviene hacer un análisis sistemático frente a las normas de carrera que reglamentan la provisión y la finalidad que persigue la llamada "Ley de Garantías Electorales".

Respecto a la provisión transitoria de los empleos, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 dispuso:

*"Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, **los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos** si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses. (Resaltado fuera del texto original)*

(...)"

Por su parte, el Decreto No. 4968 de 2007, previó:

*"Parágrafo transitorio. **La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad.** En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. **Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio***

Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. (Resaltado fuera del texto original)

(...)"

Conforme las normas transcritas, en concordancia con los principios que rigen la función pública previstos en la Ley 909 de 2004, es posible concluir que: i) la provisión transitoria de los empleos procede de forma excepcional y en las circunstancias taxativamente establecidas en el Decreto No. 4968 de 2007, teniendo entonces que la decisión de proveer un empleo de forma transitoria es potestativa y de la autonomía de la Entidad en cabeza del nominador, ii) la provisión transitoria de los empleos en todo caso debe buscar la efectiva prestación del servicio que garantice el cumplimiento de los fines del Estado, debiendo entonces sustentarse en necesidad del servicio, iii) **el encargo** además de ser una forma de proveer transitoriamente un empleo de carrera, **es un derecho** con que cuentan los servidores que cumplan los requisitos para su desempeño, derecho que nace a la vida jurídica cuando la Entidad en ejercicio de su autonomía, determina necesario proveer transitoriamente un empleo de carrera, iv) el nombramiento provisional procede de forma excepcional y solo en el evento en que no sea posible encargar a un servidor de carrera.

Ahora bien, frente a la restricción contenida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, el Consejo de Estado² resaltó respecto a la finalidad de tal limitación, lo siguiente: "...lo que evidencia que la reforma constitucional buscó controlar el fenómeno por medio del cual el servicio público pueda ser usado para inclinar la voluntad electoral y menguar la legitimidad de todo tipo de elecciones, en tanto el manejo de la planta de personal puede ser usado para incidir en los resultados electorales, con lo cual se irroga grave perjuicio a la democracia..."

Bajo los presupuestos normativos citados, en concordancia con el objeto de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, que no es otro que evitar durante el periodo pre- electoral, prácticas clientelistas y burocráticas, se tiene lo siguiente:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia del 11 de noviembre de 2010, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10).

En el caso de la provisión de un empleo de carrera a través del encargo, al ser éste además un derecho con que cuentan los servidores de carrera que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y que en todo caso, dicha designación debe estar precedida del procedimiento que para tal fin previó la CNSC en la Circular 005 de 2012, se tiene que a criterio de la CNSC dicha forma de provisión está contenida dentro de las excepciones, considerando además que en la designación del servidor a encargar no interviene la voluntad y autonomía de la Administración, sino que el designado será quien bajo criterios objetivos tenga el derecho preferencial a la promoción temporal en el sistema de carrera.

Situación diversa ocurre en el caso de la provisión transitoria a través del nombramiento provisional, figura ésta que: i) no se constituye en un derecho respecto de quien será designado, siendo por el contrario una excepción a las normas de carrera que determinan las formas regulares de provisión definitiva y transitoria; ii) implica en estricto sentido la vinculación de un tercero a la nómina de la entidad, cuya elección y designación depende de la exclusiva autonomía del nominador, limitada solo por dos circunstancias, a saber: a) que no haya dentro de la planta de personal servidor con derecho preferencial a encargo y, b) que quien vaya a desempeñar el empleo cumpla con los requisitos mínimos establecidos para su ejercicio.

En virtud de lo expuesto y teniendo en consideración la finalidad de la limitación contenida en la Ley de Garantías Electorales, que en concepto del Consejo de Estado hace alusión a la vinculación de un servidor a la nómina, se tiene que el nombramiento provisional no está previsto como una excepción a la prohibición establecida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por cuanto si bien ésta figura está contemplada dentro de las normas de carrera como una excepción a la aplicación de las mismas en materia de provisión de empleos y del derecho preferente de encargo, lo cierto es que a diferencia de este último, no se constituye en un derecho de carrera que deba ser observado por la Administración; afirmar lo contrario bajo una interpretación amplia de la segunda excepción, haría nugatoria la finalidad de la restricción y garantías que persiguen proteger la Ley 996 de 2005.

En conclusión, cuando la entidad requiera proveer empleos en situación de vacancia definitiva producto de situaciones diversas a la muerte o la renuncia regularmente aceptada de su titular, sólo será posible su provisión definitiva siguiendo el orden establecido en el artículo 7° del Decreto No. 1227 de 2005, modificado por el Decreto No. 1894 de 2012, de no ser posible y cuando por razones de estricta necesidad del servicio lo requiera la Entidad, podrá proveerlo mediante encargo previa autorización de la CNSC y agotando el procedimiento establecido por la Comisión Nacional mediante la Circular 005 de 2012, sin que sea posible su provisión a través del nombramiento provisional como consecuencia del fin perseguido por la Ley de Garantías Electorales.

Ahora bien, en el caso de las vacancias temporales de los empleos de carrera, éstas habrán de seguir la misma regulación y suerte de las vacancias definitivas, teniendo por tanto que a pesar de no requerir autorización de la CNSC para proveerlas, la Administración deberá tener en cuenta las restricciones que en materia de modificación a la nómina se han establecido en época pre-electoral a través de la Ley 996 de 2005, por lo que en consecuencia, su provisión sólo será posible a través de encargo.

El presente criterio fue aprobado por decisión unánime en Sala de Comisionados del 10 de diciembre de 2013 y deroga aquellos que le sean contrarios, en especial el aprobado en Sala del 10 de julio de 2007.

Por último, es preciso manifestarle que la dirección física a la cual se dirige la presente respuesta, coincide plenamente con la suministrada en su oficio.

Cordialmente,



CARLOS HUMBERTO MORENO BERMÚDEZ
Presidente

Proyectó: Shirley Johana Villamarin
Revisó: Paula Tatiana Arenas González