



Sentencia 2012-00795 de 2021 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., 20 de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001-03-25-000-2012-00795-00

Número interno: 2566-2012

Demandante: IVAN ALEXANDER CHINCHILLA ALARCON

Demandado: NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

Acción: Simple nulidad

Tema: Competencia de la CNCS y el procedimiento para la provisión de vacancias temporales en empleos de carrera administrativa - potestades y trámite para la autorización de encargos y nombramientos provisionales.

La Sala decide la demanda de nulidad, que en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó el señor Iván Alexander Chinchilla Alarcón, contra algunos apartes i) del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007¹; ii) la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, expedida por la CNSC²; iii) el numeral 4º del Concepto de 28 de mayo de 2013, proferido por la CNSC; y iv) el parágrafo 5º del artículo 2º y el parágrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014³, expedida por el Director de Desarrollo Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali.

I. ANTECEDENTES
1. La Demanda

El señor Iván Alexander Chinchilla Alarcón, en ejercicio del medio de control de simple nulidad, previsto en el artículo 137 del CPACA, solicitó la nulidad de algunos apartes del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 *“Por el cual se modifica el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005”*, y de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante la cual se da una *“Instrucción en materia de provisión definitiva de empleos de carrera y trámite para la provisión transitoria como medida subsidiaria”*.

1.1. El Acto Acusado

El señor Iván Alexander Chinchilla Alarcón pretende que se declare la nulidad de algunas frases de artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 *“Por el cual se modifica el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005”*, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Los apartes cuestionados (en subrayas) por la parte actora contenidos en el acto administrativo demandado indican lo siguiente:

“DECRETO NUMERO 4887 DE 2011

(27 DIC 2007)

Por el cual se modifica el artículo 8 del decreto 1227 de 2005.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y el decreto Ley 760 de 2005.

DECRETA:

Artículo 1º. Modifícase el parágrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:

"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.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

Adicionalmente, la parte actora solicita la nulidad de algunos apartes de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, mediante la cual se da una "Instrucción en materia de provisión definitiva de empleos de carrera y trámite para la provisión transitoria como medida subsidiaria", contenidos en los siguientes títulos:

"TÍTULO 1.

GENERALIDADES DEL TRÁMITE DE AUTORIZACIONES DE PROVISIÓN TRANSITORIA Y DE EMPLEOS EN VACANCIA DEFINITIVA.

(...)

TÍTULO 2. FORMAS DE PROVISIÓN TRANSITORIA - ESPECIFICIDADES EN SU AUTORIZACIÓN Y APLICACIÓN

2.1 El Encargo como Derecho Preferencial

2.1.1 Procedimiento para la Concesión de Encargos.

i) Estudio de verificación de cumplimiento de requisitos

ii) Requisitos a tener en cuenta;

a) Que el encargo recaiga en el servidor de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente.

(...)
b) Que cumpla con el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia.
(...)

c) Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar.

(...)

d) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.
(...)

iii) Prohibición de exigir requisitos adicionales

(...)

iv) Presupuestos de igualdad, transparencia, publicidad y confiabilidad en el otorgamiento de encargos.

(...)

2.1.2 Desmejoramiento Laboral por Causa de Otorgamiento de Encargo.

(...)

2.1.3 Reclamación por Derecho a Encargo

(...)

2.1.4 Autorización de la Comisión para la Provisión por Encargo

(...)

2.1.5 Terminación del Encargo

(...)

2.2 Nombramiento en Provisionalidad

(...)

2.2.1 Autorización de la Comisión para la Provisión por Nombramiento en Provisionalidad

(...)

2.2.2 Terminación del Nombramiento en Provisionalidad

(...)

TÍTULO 3.

GENERALIDADES EN RELACIÓN CON LA AUTORIZACIÓN DE PRÓRROGAS DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD.

3.1 Prórroga de Encargo

(...)

3.2 Prórroga de Nombramiento en Provisionalidad

(...)

TÍTULO 4. CONSIDERACIONES FILANES

4.1 Presunción de buena fe constitucional.

(...)

4.2 Obligatoriedad de la Instrucción y Potestad Sancionatoria de la CNSC

(...)"

1.2. Normas violadas y concepto de violación

El demandante expone como normas violadas las siguientes⁴:

Constitución Política, artículos 84, 125, 130 numeral 3, 189, 305 y 315

Ley 489 de 1998, artículo 13

Ley 909 de 2004, artículos 4, 11, 12, 24, 25 y 53

Decreto Ley 19 de 2012, artículos 39, 40 y 45

Decreto 765 de 2005

Decreto 775 de 2005

Decreto 780 de 2005

Decreto 790 de 2005

La parte actora considera que los actos administrativos demandados se expedieron con infracción de las normas en las que debía fundarse, porque condicionaron la designación de los servidores públicos a través del encargo y los nombramientos en provisionalidad en empleos de carrera administrativa a la autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, sin tener en cuenta que los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, en los cuales se regula dichas situaciones administrativas, no se exige el trámite de permiso alguno ante la CNSC para su ejercicio, toda vez que el manejo del personal es una potestad del nominador en entidades del nivel nacional y territorial.

Adujo que la función atribuida a la CNSC con los actos administrativos acusados, además de vulnerar la referidas normas, también excede las facultades conferidas a dicho organismo por el artículo 125 de la Constitución Política y los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, relacionadas con la administración y vigilancia de la carrera administrativa, toda vez que en las mismas no se encuentra la de autorizar previamente los encargos y nombramientos provisionales y delegar la facultad para proveer empleos.

Señaló que si bien, la CNSC tiene la función de reglamentar y expedir instrucciones frente al desarrollo de la carrera administrativa, también es cierto que no tiene facultades para regular aspectos que no están previstos en la ley.

Expresó que el Gobierno Nacional y la CNSC no tienen la competencia de crear procedimientos y trámites para la realización de las actuaciones administrativas, en la medida que tal atribución se encuentra reservada a la Constitución y a la ley, por lo que la autorización de encargos y nombramientos en provisionalidad, su prorroga y delegación, constituye una vulneración del debido proceso.

Sostuvo que los actos administrativos demandados imponen cargas administrativas adicionales que no están establecidos en la constitución y la ley, desconociendo con ello los preceptos del Decreto Ley 19 de 2012 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Manifestó que el Decreto 4968 de 2007 y la Circular N° 005 de 2012 hacen extensivos a los sistemas específicos de carrera administrativa, regidos por los Decretos Leyes 765, 775, 780 y 790 de 2005⁵, las normas propias del sistema general de carrera administrativa, relativas a la procedibilidad, trámites y requisitos para la implementación de la figura del encargo, los nombramientos en provisionalidad y el derecho preferencial que tiene los empleados de carrera para ocupar los cargos que se encuentran vacantes.

Expuso que las entidades demandadas no tuvieron en cuenta que los sistemas específicos de carrera administrativa son de creación legal y cuentan con una normativa propia que regula en su integridad la forma de provisión de los empleos con vacancia temporal, es decir, la procedencia y duración de los encargos y los nombramientos en provisionalidad.

Resaltó que en ninguno de los decretos que regulan los sistemas específicos de carrera administrativa se establece que el nominador requiere de autorización de la CNSC para efectuar encargos y nombramientos provisionales, ni que dicha entidad pueda establecer requisitos adicionales o términos máximos para la provisión de los cargos, distintos de los que se señalan en cada decreto. En consecuencia, los actos administrativos demandados, resultan contrarios a la normativa que reglamenta los sistemas específicos de carrera.

2. Trámite Procesal

Mediante auto de 29 de agosto de 2013 se admitió en única instancia la demanda, se ordenó la notificación a las partes, es decir, al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, se ordenó la comunicación a la comunidad, por la página web de la Corporación, de la existencia del proceso (fol 28 - 32). En la misma fecha se corrió traslado de la medida cautelar solicitada por la parte actora (fol. 18 cuaderno medidas cautelares).

2.1 Coadyuvancias

2.1.1 La Superintendencia de Notariado y Registro (fols 37 - 44) a través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica coadyuvó la demanda presentada por el señor Iván Alexander Chinchilla Alarcón, así como la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos de la demanda, argumentando lo siguiente:

Indicó que el artículo 1º del Decreto 4968 de 2007, al establecer que se debe tramitar autorización ante la CNSC, para poder efectuar encargos y **Sentencia 2012-00795 de 2021 Consejo de Estado**

nombramientos en provisionalidad, desbordó la potestad reglamentaria que le asiste al Gobierno Nacional, en tanto le asignó una competencia nueva a dicho organismo, que no fue establecida por el legislador en la Ley 909 de 2004.

Sostuvo que el presente asunto hace tránsito a cosa juzgada, toda vez que el Consejo de Estado, mediante sentencia de 12 de abril de 2012, radicado N° 11001032500020050021501 (9336-2005), declaró la nulidad de algunos apartes del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, con los que se facultaba a la CNSC para autorizar la extensión del término de duración de los encargos, mientras se llevaba a cabo el proceso de selección, luego de considerarse que el ejecutivo incurrió en un exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida en la ley.

Adujo que el Decreto 4968 de 2007 reproduce los apartes declarados nulos por el Consejo de Estado, por consiguiente, debe sujetarse a lo dispuesto en la sentencia de 12 de abril de 2012.

Resaltó que la Superintendencia de Notariado y Registro cuenta con un sistema específico de carrera administrativa, regulado por el Decreto 775 de 2005 y reglamentado por el Decreto 2929 de 2005, en cuyo contenido se desarrolla expresamente el tema de los encargos y de los nombramientos provisionales, sin que en los mismos se establezca la posibilidad de pedir autorización a la CNSC para ejercer dichas situaciones administrativas, por ende, la Circular N° 005 de 2012 resulta contraria a la normativa especial, dado que crea trámites adicionales que no están previstos en la ley.

Concluyó que si bien la CNSC es la encargada de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, también es cierto que dichas atribuciones deben ejercerse de acuerdo con la ley y sus reglamentos.

2.1.2 El Departamento Administrativo de la Función Pública (fols. 63 - 73), presentó escrito con el fin de coadyuvar la demanda, solicitando además la suspensión provisional de los actos demandados y pidió que se declare la nulidad parcial del Decreto 4968 de 2007 y de la Circular N° 005 de 2007, con base en lo siguiente:

Señaló que el Decreto 4968 de 2007, se expidió con el fin de modificar el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005. Sin embargo, el Consejo de Estado al estudiar la legalidad del referido artículo 8°, concluyó que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria, al introducir una excepción a la Ley 909 de 2004, respecto de la duración de los encargos, que la misma ley no previa. En consecuencia, declaró la nulidad parcial de la norma.

Expresó que el Decreto 4968 de 2007 introduce modificaciones al parágrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, las cuales se refieren a las autorizaciones que la CNSC podrá otorgar a las entidades, las cuales a todas luces se constituyen en excesos en la facultad reglamentaria del ejecutivo. Dicha situación se evidencia con la confrontación del texto contenido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 4968 de 2007, frente a los nombramientos provisionales.

Precisó que la competencia otorgada a la CNSC de autorizar encargos, nombramientos provisionales y sus prorrogas, impone nuevas condiciones para tales formas de provisión de vacancias de empleos, ajenas a las establecidas en la Ley 909 de 2004, por lo cual, los apartes de la disposición acusada constituyen excesos de la facultad reglamentaria.

Adujo que la Circular N° 05 de 2012 se dirige a reglamentar aspectos que no existen en el texto de la Ley 909 de 2004, relacionados con el trámite de autorizaciones que se deben adelantar ante la CNSC, los cuales no solo se aplican a las entidades que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa, sino que también incluye a las entidades con Sistemas Específicos de Carrera Administrativa, los cuales cuentan con regulaciones especiales en cuyo contenido no se establece el trámite de autorización ante la CNSC para efectuar un encargo o un nombramiento en provisionalidad.

Agregó que la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció límites a la potestad reglamentaria del ejecutivo frente al tema del empleo público y la carrera administrativa, de manera que la reglamentación de dichos temas deberá ceñirse a lo expresamente señalado por la Ley 909 de 2004.

2.1.3 La Superintendencia Financiera de Colombia (fols 150 - 158) presentó escrito coadyuvando la demanda y solicitó que se declare la suspensión provisional y, posteriormente, la nulidad parcial del Decreto 4968 de 2007 y la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, con fundamento en lo siguiente:

Indicó que el Gobierno Nacional a través del Decreto 4968 de 2007 le otorgó a la CNSC unas facultades de exceden las establecidas en la Ley, referidas a la expedición de autorizaciones de autorizaciones para efectuar encargos y nombramientos provisionales y sus prórrogas, así como para delegar la facultad nominadora en las entidades públicas.

Adujo que la Circular N° 005 de 2012 expedida por la CNSC, comporta un exceso de sus potestades legales, por cuanto estableció procedimientos no previstos en la ley (Ley 909 de 2004 y Decreto Ley 775 de 2005), al fijar requisitos, relacionados con el encargo a favor de los empleados que tiene derecho preferencial al mismo, la aceptación y permanencia en tal condición, así como el ejercicio de la facultad nominadora, lo cual, además de vulnerar los derechos de carrera de los empleados públicos y el libre acceso a cargos, también genera trámites engorrosos que afectan la eficacia de la administración pública.

Afirmó que, si bien la CNSC puede expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa, también es cierto que no cuenta con facultades para crear procedimientos, trámites y requisitos no previstos en la Constitución y la ley. Razón por la cual la circular cuestionada desconoce el ordenamiento superior en el que debía fundarse.

2.2 Suspensión Provisional.

Por auto de 5 de mayo de 2014 (fols. 54 – 65 cuaderno medidas cautelares), se declaró la suspensión provisional de los apartes acusados del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 y la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC⁶, luego de confrontar los actos demandados y las normas (constitucionales y legales) invocadas, evidenciando una vulneración de estas últimas, por cuanto se crean procedimientos y trámites adicionales para la provisión de empleos públicos en las modalidades de encargo y provisionalidad, además de establecer las prórrogas de los encargos, excediendo lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

Se precisó que no es posible que la CNSC, so pretexto de ejercer sus funciones de administración y vigilancia, se atribuya la facultad de inmiscuirse en temas previstos específicamente por la normativa especial que regula los sistemas específicos de carrera administrativa, adicionado procedimientos para determinar la procedencia de los encargos, el nombramiento en provisionalidad y su prorroga, así como la de delegar la facultad nominadora en las entidades públicas.

Posteriormente, con auto de 21 de mayo de 2020 (fols 362 – 370) y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 237⁷ y 238⁸ del CPACA, se decretó la suspensión provisional de los efectos del numeral 4º del Concepto de 28 de mayo de 2013, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y del parágrafo 5º del artículo 2º y el parágrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014, expedida por el Director de Desarrollo Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali, luego de evidenciar que el texto de dichos actos administrativos reproducían el contenido de los apartes suspendidos por esta Corporación con auto de 5 de mayo de 2014 de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, expedida por la CNSC.

3. La Contestación de la Demanda

3.1 El Departamento Administrativo de la Función Pública (fols 75 – 79), solicitó que se declare la nulidad parcial del Decreto 4968 de 2007 y de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 de la CNSC, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de coadyuvancia, relacionados con el exceso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo al otorgarle a la CNSC, facultades que no se encuentran previstas en la ley, para autorizar encargos, nombramientos en provisionalidad, prórrogas, así como para delegar la facultad nominadora en las entidades públicas.

De igual manera reiteró que la circular acusada constituye un exceso de la facultad de administrar y vigilar la carrera administrativa asignada a la CNSC, en cuanto estableció procedimientos no previstos en la ley.

Afirmó que los actos administrativos demandados contradicen los postulados de la Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes de orden constitucional y legal, que no se ajustan a las normas superiores en las que debían fundarse.

3.2 La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones (fols. 129 - 143):

Propuso las excepciones que denominó: i) la Circular 005 de 2012 se encuentra ajustada al principio de legalidad; ii) la innominada que se llegare a probar en el proceso de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

i) La Circular 005 de 2012 se encuentra ajustada al principio de legalidad.

Indicó que los actos administrativos demandados se expedieron conforme con el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que la CNSC, por mandato constitucional (artículo 125 y 130) y legal (artículos 11 y 12 Ley 909 de 2004), tiene a su cargo la función de administrar y vigilar los sistemas de carrera administrativa, incluido el específico. Por tal razón dicha entidad puede expedir autorizaciones de provisión de los empleos de carrera en vacancia definitiva.

Señaló que la CNSC en uso de su facultad de expedir circulares instructivas y adoptar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el desarrollo de la carrera contenido en los literales h) de los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, expidió la Circular N° 05 de 2012, con la cual se estableció los documentos que deben acompañar las entidades a la solicitud de autorización de que trata el Decreto N° 4968 de 2007, sin que con dicho actuar haya excedido sus facultades.

Sostuvo que la atribución asignada a la CNSC en el decreto demandado no implica la potestad de designar transitoriamente a un servidor específico en un empleo de carrera vacante, como quiera que ello es competencia del nominador de la entidad quien tiene la facultad de nombrar al empleado que reúna las condiciones legales para desempeñar el cargo, por ende, el Decreto 4968 de 2007 y la Circular N° 05 de 2012, de ninguna manera se dirige a subrogar la competencia nominadora que les asiste a cada institución.

Aseveró que la CNSC no tiene injerencia respecto del manejo que las nominadoras hagan sobre sus respectivas plantas de personal, pues es en estas en quienes recae la potestad de reformar, reorganizar, suprimir o adaptar dicha planta, conforme con las necesidades del servicio, por lo que la autorización que emite la CNSC en materia de nombramiento de provisional o en encargo recae en el empleo y no en el servidor o

persona particular, tal y como se precisó en la circular demandada.

Agregó que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Ley 489 de 1998, la CNSC no está inmersa dentro de las entidades que conforman la administración pública, toda vez que es un organismo de régimen especial de creación constitucional, motivo por el cual no le es aplicable las disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos regulados en la Ley 962 de 2005 y el Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el numeral 2º del artículo 1º de la referida ley.

Afirmó que la Comisión Nacional del Servicio Civil es una entidad autónoma del orden Nacional que no forma de ninguna de las ramas del poder público y que cuenta con régimen especial que garantiza su autodeterminación administrativa, técnica y patrimonial, cuyo objeto es la administración y vigilancia de los sistemas de carrera administrativa general y específicos (artículos 125, 130 de la Constitución Política).

Explicó que en atención a su función de administración la CNSC tiene el deber de estructurar y ejecutar los concursos de méritos para el acceso a los cargos en las entidades del estado; y en virtud de su facultad de vigilancia, le corresponde tomar las medidas necesarias para velar, sancionar y corregir la actividad de los sujetos encargados de proveer los empleos de carrera vacantes en los organismos públicos, ya sea de forma transitoria o definitiva.

Por otro lado indicó que de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional (Sentencias C- 1230 de 2005, C- 250 de 2013 y C - 471 de 2013), si bien los sistemas específicos de carrera administrativa se caracterizan por contener regulaciones particulares para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera, lo cierto es que no tienen identidad propia o autonomía, pues son una derivación del régimen general de carrera, del cual se apartan solo en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades.

Por lo anterior, consideró que la Circular N° 005 de 2012 no se encuentra viciada de nulidad, toda vez que fue expedida con base en las facultades legales y constitucionales que le asisten a la CNSC con la cual se dio instrucciones a las entidades administradas y vigiladas sobre el procedimiento para la autorización de nombramientos provisionales y encargos en vacancia definitiva. Razón por la cual no se puede advertir que la actuación de la entidad es contraria al ordenamiento jurídico.

4. Audiencia inicial

Mediante audiencia realizada el 14 de julio de 2014⁹, se agotó el trámite previsto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dentro del trámite de la audiencia, el Magistrado Ponente, manifestó que las actuaciones desarrolladas en el presente asunto no evidenciaban vicios en el procedimiento que ameritaran su saneamiento, de conformidad con lo dispuesto el numeral 5º del artículo 180 del CPACA, con el fin de evitar dictar una sentencia inhibitoria. Posteriormente, se interrogó a las partes, quienes expresaron estar de acuerdo con la decisión.

Luego se puso de presente que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC en la contestación de la demanda propuso las excepciones de mérito de i) legalidad y, ii) la innominada, las cuales hacen relación al fondo del asunto, por lo que debían resolverse en la sentencia, como quiera que se sustentaban en argumentos de oposición.

Posteriormente, se indagó a las partes, los coadyuvantes y al Ministerio Público sobre los cargos y pretensiones de la demanda, quienes expusieron las razones por las cuales se debía declarar la nulidad y/o mantener la legalidad de los actos demandados. Adicionalmente se resaltó que los argumentos del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, se dirigían a coadyuvar la solicitud de suspensión provisional y la nulidad parcial de las normas acusadas.

Con fundamento en lo anterior, se indicó que el objeto del litigio consiste en determinar si las normas demandadas esto es, los apartes del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007, expedido por el Gobierno Nacional a través del Departamento de la Función Pública y, la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, desbordan la potestad reglamentaria y de administración del Ejecutivo y de la CNSC.

Adicionalmente, se señaló que por tratarse de un asunto de puro derecho se debían tener como pruebas documentales los antecedentes que dieron origen a los actos administrativos acusados visibles a folios 80 a 106 del expediente principal. En consecuencia, se decidió prescindir de realizar la audiencia de pruebas, y se dispuso a fijar nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de alegaciones decisión.

5. Alegatos de conclusión

Mediante audiencia celebrada el 3 de septiembre de 2014¹⁰, se agotó el trámite previsto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dentro del trámite de la diligencia las partes (demandante y demandada) y los coadyuvantes, presentaron sus alegaciones y se informó con el fin de efectuar un adecuado análisis de los cargos, pretensiones y alegaciones no se indicará el sentido de la decisión y dispuso emitir la sentencia con posterioridad de acuerdo con lo previsto en el numeral 3º del artículo 182 del CPACA.

5.1 La parte demandante

Insistió en las razones expuestas en el escrito de demanda, resaltando que el Gobierno Nacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil incurrieron en exceso de sus potestades reglamentarias al modificar, por vía de decreto y circular, los requisitos, condiciones y duración de los encargos, nombramientos en provisionalidad y sus prorrogas, sin tener en cuenta los parámetros legales.

Precisó que la CNSC no está facultada constitucional, ni legalmente para autorizar encargos, ni nombramientos en provisionalidad por períodos fijos, ni para conceder prorrogas, toda vez que ello no hace parte de sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa enunciadas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004.

Explicó que, si bien la CNSC puede expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa, también es cierto que no puede crear trámites y requisitos no establecidos, ni autorizados por la ley, toda vez que ello constituye un exceso de sus funciones.

Sostuvo que la situación regulada en las normas demandadas desconoce la facultad nominadora que les corresponde a las máximas autoridades administrativas de las entidades públicas del nivel central y descentralizado del orden nacional y territorial.

Agregó que, si bien el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005 le permitió a la CNSC autorizar encargos en empleos de carrera, también es cierto que dicha norma fue condicionalmente, declarada exequible por la Corte Constitucional con sentencia C-1175 de 2005, por lo que tal precepto normativo debe entenderse en el marco de la Ley 909 de 2004 y para casos puntuales.

Destacó que la CNSC omitió surtir el trámite de que trata el artículo 39 del Decreto Ley 19 de 2012, ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, para establecer la aplicación del procedimiento previsto en las normas demandadas.

Reiteró que el trámite establecido en el Decreto 4968 de 2007 y el procedimiento definido en la Circular N° 005 de 2012, son contrarios a los sistemas específicos de carrera, los cuales se rigen por una regulación especial en materia encargos y nombramientos en provisionalidad, por lo que les son aplicables las normas que regulan la carrera administrativa general esto es, la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

Aseveró que la jurisprudencia Constitucional ha dicho que los empleados nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad intermedia, por lo que su permanencia en el cargo está sujeta entre otras a la duración del proceso de selección, lo que excluye fijar términos arbitrarios y la necesidad de establecer prorrogas, toda vez que esos trámites afectan la prestación del servicio.

Añadió que no es eficaz, ni eficiente para la administración, desvincular al servidor por el vencimiento del plazo y solicitar autorización o prorroga a la CNSC como se dispuso en los actos demandados, toda vez que ello desmejora la prestación del servicio.

Manifestó que los encargos y nombramientos provisionales deben durar lo necesario para garantizar la debida prestación del servicio, mientras la CNSC adelanta los procesos de selección o dure la situación que les dio origen o hasta que sea necesario darlos por terminados mediante acto administrativo motivado por la existencia de una razón suficiente de orden disciplinario, evaluación del desempeño u otra basada en la necesidad del servicio.

Expresó que las situaciones establecidas en los actos administrativos demandados no solo son ajenas al ordenamiento jurídico superior, sino que entorpecen la administración pública y atentan contra los principios que le son inherentes.

5.2 La parte demandada

5.2.1 La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda y se levante la suspensión provisional de los apartes acusados de las normas cuestionadas, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que la función asignada a la CNSC, con el Decreto 4968 de 2007 y desarrollada con la Circular N° 05 de 2012, relacionada con la expedición de la autorización para proveer cargos mediante la figura de encargo y nombramiento en provisionalidad, así como su prorroga, se deriva de sus facultades constitucionales (artículos 125 y 130) y legales (artículos 1 y 12 de la Ley 909 de 2004) de administrar y vigilar los sistemas de carrera administrativa general y específicos de carácter legal.

Explicó que existen distintos referentes normativos de orden legal que le asigna a la CNSC la facultad de autorizar nombramientos provisionales y encargos, bajo el entendido que es el organismo encargado de garantizar el principio constitucional del mérito y le corresponde vigilar y administrar la carrera administrativa. Así pues, las normas que desarrollan tal función son: i) el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005; y ii) el artículo 18 del Decreto 3982 de 2006.

Indicó que el Decreto 4968 de 2007 y la Circular N° 05 de 2012 son instrumentos que permiten desarrollar de mejor manera la administración y vigilancia de la carrera administrativa encomendada a la CNSC, que cuentan con un respaldo legal, por lo que no desconocen el ordenamiento jurídico superior.

Agregó que la CNSC de ninguna manera autoriza la designación transitoria de un servidor específico en un empleo de carrera vacante, como quiera que es el nominador de la entidad quien tiene la potestad de designar al servidor que reúna las condiciones exigidas para desempeñar el cargo, en ejercicio de su facultad nominadora. Por consiguiente, no se puede advertir que los actos demandados le permiten a la CNSC

administrar las plantas de personal de los organismos públicos.

Resaltó que la autonomía asignada a la CNSC por mandato de los artículos 125 y 130 de la Constitución y, 7, 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, le permite expedir circulares instructivas con el fin de garantizar la correcta aplicación de las normas de carrera que regulan la carrera administrativa y el cumplimiento de su objeto.

Por otro lado, expresó que la extensión de la Circular N° 005 de 2012 a los sistemas específicos de carrera administrativa, tiene sustento no solo en la jurisprudencia Constitucional, sin en las normas legales, toda vez que tales sistemas no tienen identidad propia o autonomía y son una derivación del régimen general de carrera, del cual se apartan solo en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades.

5.2.2 El Departamento Administrativo de la Función Pública, insistió en la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, con fundamento en lo siguiente:

Indicó que el Decreto 4968 de 2007 introduce modificaciones tanto a la Ley 909 de 2004 como al Decreto 760 de 2005, que se traducen en excesos en la facultad reglamentaria del ejecutivo. Por esta razón, la competencia otorgada a CNSC de autorizar los encargos, los nombramientos en provisionalidad y sus prórrogas sobrepasan las funciones establecidas por la constitución y la ley para dicho organismo, en tanto se crean nuevas condiciones para estas formas de provisión.

Adujo que la Circular N° 005 de 2012 expedida por la CNSC reglamenta aspectos que la Ley 909 de 2004 no contiene en su texto normativo relacionado con el trámite para autorización de encargos y nombramientos provisionales ante esa entidad. Del mismo modo la circular demandada no solo se dirige a las entidades del sistema general de carrera, sino que también se extiende a los organismos del sistema específico, los cuales cuentan con normas especiales.

Concluyó que resulta evidente la contradicción de los actos administrativos demandados con los preceptos constitucionales y legales que regulan la carrera administrativa.

6. Concepto del ministerio público

El agente del Ministerio Público solicitó que se levante la medida cautelar y se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones (fols. 193 - 203):

Manifestó que si bien los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 y las figuras del encargo y el empleo temporal desarrollados en la citada ley, no se refieren a la atribución de la CNSC para autorizar encargos y nombramientos en provisionalidad, también es cierto que el legislador extraordinario, a través del artículo 44 del Decreto 760 de 2005 dispuso que: *“Cuando por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud sustentada del Jefe del Organismo o entidad, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, en las vacancias temporales generados por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional”*.

Explicó que el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria podía disponer los escenarios en los que procedía la autorización emitida por la CNSC y tiempo máximo que puede durar la provisión de empleos de carrera, teniendo en cuenta que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 establece un plazo de 6 meses. Asimismo, podía establecer el término para que la CNSC resuelva solicitudes de autorización.

Adujo que el Decreto 4968 de 2007 se limitó a reglamentar la situación de las “vacancias definitivas” (sic) que establece el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005 y la potestad de la CNSC para autorizar los encargos y nombramientos provisionales. Por consiguiente, el ejecutivo no definió situaciones no reguladas en la ley. Asimismo, resaltó que el decreto acusado dispuso la no autorización para proveer vacancias temporales por parte de la CNSC.

Afirmó que, según la jurisprudencia Constitucional, las actuaciones de la CNSC se deben sujetar a los principios generales de la función administrativa, pese a la autonomía e independencia con la que cuenta, por lo que la entidad puede delegar a los nominadores la función de proveer vacantes definitivas sin su autorización, lo cual no constituye un desbordamiento de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

Indicó que la Circular N° 005 de 2012 tenía por objeto dar instrucciones y fijar un procedimiento para la provisión de empleos de carrera en vacancia definitiva y los encargos y nombramientos provisionales como medidas excepcionales o subsidiarias, con el fin de que estas figuras no se conviertan en una constante para la provisión de estos cargos, en atención a la Ley 909 de 2004 y los Decretos 1227 de 2005 y 4968 de 2007, por lo que reglamentó temas que tratan las citadas normas conforme con los parámetros establecidos en las mismas.

Expresó que el procedimiento establecido en la circular cuestionada no desconoce el Decreto Ley 19 de 2012 y el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, toda vez que se ajusta a los principios de la función pública (artículo 209 de la Constitución) y de la carrera administrativa (artículo 7 de la Ley 909 de 2004. Aunado a que se expidió con fundamento en la autonomía que le asiste y la competencia contenida en el literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

Por otro lado, señaló que la jurisprudencia Constitucional, ha indicado que la CNSC por mandato del artículo 130 de la Constitución tiene la competencia de administrar y vigilar las carreras administrativas de carácter general y específicas de creación legal. Razón por la cual consideró que no son viables los reproches de nulidad propuestos por la parte actora, pues los actos demandados no desconocen las normas en las que debían fundarse.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Subsección es competente para conocer, privativamente y en única instancia, de la presente demanda de nulidad contra los apartes del i) del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública; ii) la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, expedida por la CNSC; iii) el numeral 4º del Concepto de 28 de mayo de 2013, proferido por la CNSC; y iv) el párrafo 5º del artículo 2º y el párrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014, dictada por la Alcaldía de Santiago de Cali¹¹, conforme con el numeral 1º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema Jurídico

La Sala en el presente asunto, debe responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Si los apartes demandados del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007, por el cual se modifica el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, que permiten a la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizar encargos, nombramientos en provisionalidad y sus prórrogas, desbordan la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional?

¿Si los apartes demandados de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 expedida por la Comisión Nacional del servicio Civil, mediante la cual emitió instrucciones en materia de provisión definitiva de empleos de carrera y el trámite para la provisión transitoria como medida subsidiaria, desconocieron las normas en las que debía fundarse y fueron proferidas con extralimitación en sus funciones?

Como consecuencia de lo anterior, se debe determinar: ¿Si el numeral 4º del Concepto de 28 de mayo de 2013, proferido por la CNSC; y el párrafo 5º del artículo 2º y el párrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014, proferida por la Alcaldía de Santiago de Cali, se expidieron con fundamento en las normas en las que debía fundarse?

Con el propósito de dar respuesta a los problemas jurídicos, metodológicamente se emprenderá el análisis de los siguientes aspectos: (i) Alcance y límites de la potestad reglamentaria (ii) El régimen de carrera administrativa (iii) Los sistemas específicos de carrera administrativa; (iv) La administración y vigilancia de la carrera administrativa; (v) El caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 Alcance y límites de la potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, que le permite expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley.

En efecto, el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política establece lo siguiente:

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa.

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)"

Así pues, es importante advertir que la potestad normativa del ejecutivo está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos, pues la potestad reglamentaria de la administración es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior y lo contrario implicaría un desconocimiento del principio de la legalidad.

De esta manera, la facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella.

Sobre este punto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(....) esta facultad (reglamentaria) no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un reglamento rebosa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado inconstitucional por la autoridad competente (El Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 237-2 de la Constitución)”.¹²

De lo anterior, se desprende entonces que el reglamento es un complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable, pues en él se permite desarrollar las reglas generales allí consagradas, explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa, pero sin rebasar el límite inmediato fijado por la propia ley.

Acorde con lo señalado, esta Corporación al referirse a los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria ha señalado que “(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)”¹³ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar¹⁴.

En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*¹⁵. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo “de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo”¹⁶.

De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable¹⁷. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.¹⁸

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria, “hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley”¹⁹.

3.2 El régimen de carrera administrativa

El artículo 123 de la Constitución Política dispone que son servidores públicos los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Por su parte, el artículo 125 de la Carta establece la regla general de acceso a los cargos públicos por el sistema de la carrera administrativa, en los siguientes términos:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: 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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...).

En virtud de lo anterior, se expidió la Ley 443 de 1998 y posteriormente, la Ley 909 de 2004, ésta última establece en el artículo 27 que “(...) La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso

y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que la carrera administrativa es tanto regla general como principio constitucional que regula el “ingreso, la permanencia, la promoción y el retiro en los diferentes empleos del Estado”²⁰. Esto supone que las excepciones a la regla general son de interpretación restringida y deben estar justificadas en la ley de acuerdo con la naturaleza de la función asignada²¹. En otras palabras, se trata de salvaguardar la función pública de:

“(...)la influencia directa de los partidos y de los intereses políticos de carácter partidista en la integración y conformación de los cuadros de la administración pública, y el de limitar al mínimo los efectos de las variaciones en los esquemas y acuerdos de gobernabilidad en un régimen democrático y participativo como el nuestro, y para poner a salvo de estas posibles y periódicas alteraciones a la mayor parte de los funcionarios y para garantizar el funcionamiento idóneo y continuado de la administración (...)”²²

Es tal la importancia que en nuestro ordenamiento jurídico se le otorga a la carrera administrativa, con sus componentes de concurso público, mérito e igualdad de oportunidades para acceder, permanecer y ascender a los cargos públicos, que la Corte Constitucional la ha distinguido como uno de los valores o principios que identifican la Constitución de 1991²³. Así, se ha establecido que:

“(...) dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales (...)”²⁴

Tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia, la finalidad de la carrera administrativa, consiste en asegurar las condiciones de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia²⁵ de la función pública y garantizar el ingreso y ascenso en los cargos públicos en condiciones de igualdad a través del sistema de méritos inherente a la misma²⁶

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

“(...) el sistema de carrera administrativa busca lograr que el recurso humano no se convierta en una carga que dificulte la realización de las funciones y fines del Estado, sino, por el contrario, que se erija en un instrumento eficaz para el cumplimiento de los mismos a través de personal capacitado para desarrollar las actividades inherentes al servicio público y con la garantía, al mismo tiempo, del ejercicio del derecho al trabajo (C.P., art.25) y del principio mínimo fundamental de la estabilidad en el empleo (C.P., art. 53) mientras se mantengan las condiciones idóneas que sustenten la permanencia en dicho servicio (...)”²⁷.

Precisamente, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública, es el fundamento de rango constitucional que subyace al sistema de carrera administrativa, manifestándose a través del concurso público como herramienta principal para seleccionar de manera imparcial al personal más idóneo y calificado para cumplir con las funciones estatales²⁸ y de este modo salvaguardar el interés general²⁹. En efecto, el concurso está orientado a identificar y calificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad física y moral, así como otras aptitudes y cualidades de los aspirantes³⁰.

El mérito asegura primordialmente el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, sobre la base de criterios objetivos de modo que cualquier persona que cumpla con los requisitos constitucionales y legales puede concursar en igualdad de condiciones para acceder a determinado cargo³¹. Así, se proscriben juicios subjetivos, religiosos, ideológicos, raciales, de género o políticos en la selección³². Se ha subrayado que la igualdad en el sistema de carrera se relaciona con la equivalencia proporcional, en este sentido, existe una adecuación entre el empleado y el cargo, teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia, y con base en “la estimación de las condiciones del candidato y el merecimiento de éste”³³.

Adicionalmente, el sistema de méritos permite garantizar numerosos derechos ciudadanos tales como el derecho a elegir y ser elegido, de acceder a las funciones y cargos públicos, el derecho al debido proceso, el derecho al trabajo y a la estabilidad y promoción en el empleo³⁴.

Los empleos de la carrera administrativa se caracterizan por ofrecer al trabajador mayor seguridad y estabilidad limitando la posibilidad del empleador en lo referente a su vinculación y retiro³⁵. En este orden de ideas, el empleado ingresa a la carrera siempre que cumpla con los requisitos determinados por la Constitución y por el reglamento o estatuto de la entidad. Solamente puede ser desvinculado cuando no cumpla sus funciones de manera eficiente y eficaz o incurra en algunas de las causales señaladas en la Constitución y en la ley³⁶.

En síntesis, la carrera administrativa es el mecanismo preferente previsto por la Constitución para proveer los cargos de los organismos y entidades del Estado de acuerdo con el criterio objetivo del mérito, privilegiando la igualdad en el acceso a la función pública, así como la eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia de esta. Por esta razón la jurisprudencia ha expresado que la carrera administrativa es un eje axial de la Constitución, por medio del cual el Estado puede:

“(...) contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública (...)”³⁷

3.3 Los sistemas especiales de carrera administrativa.

El ordenamiento jurídico colombiano permite advertir que la carrera administrativa en Colombia se organiza en tres grandes categorías o modalidades:

(i) El sistema general de carrera, al que hace referencia el artículo 125 de la Constitución, regulado en la Ley 909 de 2004, “*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”. Su campo de aplicación está definido en el artículo 3º de dicha normativa y comprende una gran parte de los empleos en la administración pública en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado³⁸.

(ii) Los sistemas especiales de origen constitucional, que por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, siempre con observancia de los principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad³⁹.

Al respecto la jurisprudencia ha identificado los regímenes de las universidades estatales (art. 69 CP), de las Fuerzas Militares (art. 217 CP), de la Policía Nacional (art. 218 CP), de la Fiscalía General de la Nación (art. 253 CP), de la Rama Judicial (art. 256-1 CP), de la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 CP), de la Contraloría General de la República (art. 268-10 CP) y de la Procuraduría General de la Nación (art. 279 CP)⁴⁰

(iii) Los sistemas especiales de carrera de origen legal. Son aquellos que a pesar de no tener referente normativo directo en la Carta Política, se conciben como una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública.

En el marco normativo actual, el artículo 4º de la Ley 909 de 2004 establece los siguientes sistemas específicos de carrera administrativa, uno de los cuales es justamente el que existe para las Superintendencias:

“ARTÍCULO 4º. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1.- Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2.- Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). [Mediante Decreto Ley 4057 de 2011 se suprimió esta entidad].

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.

- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

- El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos. [Adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012].

3.- La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil⁴¹.

Parágrafo. Mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de carrera administrativa para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”. (Resaltado fuera de texto)

La jurisprudencia Constitucional ha reconocido que la existencia de sistemas específicos de carrera de origen legal es constitucionalmente válido, en la medida en que se enmarca dentro de la competencia del Legislador para regular el ejercicio de la función pública, en general, y de la carrera administrativa, en particular (art. 125, 130 y 150 CP). Ello se justifica teniendo en cuenta la singularidad y especificidad de algunas funciones al interior de la administración pública, que no siempre permiten su homologación con las tareas que normalmente cumplen los

servidores públicos en la generalidad de entidades del Estado⁴²

En la Sentencia C-563 de 2000, la Corte Constitucional resolvió una demanda interpuesta contra la norma que en su momento reguló los sistemas específicos de carrera de origen legal⁴³ En su análisis concluyó que el Legislador está facultado para diseñar regímenes especiales en ciertas categorías de servidores públicos, por lo que declaró exequible la disposición en cuestión. Según la Corte:

"El legislador, de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la C.P., está habilitado para establecer regímenes especiales para determinadas categorías de servidores públicos, lo que implica que el Constituyente previó la coexistencia de dos tipos de regímenes especiales de carrera, unos de creación constitucional y otros de creación legal.

(...)

La complejidad del aparato del Estado en el mundo contemporáneo, caracterizado por la globalización y la internacionalización de la economía, por la necesidad de alianzas estratégicas entre países de una misma región para alcanzar y mantener niveles de competitividad aceptables, que eviten su aislamiento y exclusión, y por una dinámica en el ámbito de lo científico y tecnológico que exige un recurso humano de especiales características, han generado la necesidad, cada vez más sentida, de un aparato burocrático conformado por personas de las más altas calidades y competencias profesionales, que acceda al servicio de la administración pública por sus méritos y competencias y al que se le garantice la estabilidad que requieren los diversos procesos que el Estado adelanta, con miras a desarrollar sus proyectos y programas y a alcanzar sus fines y objetivos.

En esa perspectiva, la función de diseñar y regular la carrera administrativa, que le corresponde al legislador, ha de incluir un componente de flexibilidad que garantice su adecuación a las disímiles y cambiantes circunstancias de la función pública; un aparato estático, rígido, que no permite la adecuación de sus elementos constitutivos esenciales a las singulares necesidades de cada una de las entidades del Estado, no sólo no correspondería a la concepción de la función pública que subyace en la Constitución, sino que impediría la realización de los objetivos y principios del paradigma mismo del Estado social de derecho; esas circunstancias, sin lugar a duda las tuvo en cuenta el Constituyente, que de manera precisa señaló en el capítulo 2 del título V de la Carta, sobre la función pública, primero que el principio general es que todos los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera; segundo que las excepciones a ese principio general son los cargos a los que se refiere expresamente la misma norma, esto es los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; y tercero, que existen carreras de carácter especial creadas por la misma Constitución, las cuales no están sujetas a la vigilancia y control de la Comisión Nacional del Servicio Civil, organismo autónomo creado por el Constituyente para garantizar la realización plena del principio de carrera administrativa.

Así las cosas, en principio le asiste razón al demandante cuando afirma, que las excepciones al principio general de carrera administrativa son única y exclusivamente las que señaló de manera expresa el mismo Constituyente y las que determine el legislador a través de la ley; ahora bien, eso no implica, como equivocadamente él lo afirma, que el legislador, al regular las diversas "carreras administrativas" que exige la complejidad misma de la función del Estado, no pueda introducir "sistemas específicos" para ciertas entidades públicas, que atiendan precisamente sus singulares y especiales características, sistemas que desde luego deben propiciar la realización del mandato superior que señala que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones consagradas en la Constitución y en la ley. Es decir, que esos "sistemas específicos" no pueden diseñarse excluyendo el principio general, ellos en cada caso regularan un sistema de carrera singular y especial, dirigido a una determinada entidad, cuyos objetivos no se podrían cumplir oportuna y eficazmente, o se verían interferidos, si se aplicaran las normas de carácter general.

No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o "sistemas específicos" como los denominó el legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.

Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.

No existe impedimento de orden constitucional para que el Congreso, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa que el Constituyente radicó en esa Corporación, pueda crear sistemas especiales de carrera de contenido particular, que a su vez hagan parte del sistema de carrera administrativa general". (Subrayado no original).

Esta posición ha sido reiterada en forma pacífica y uniforme, entre otras, en las Sentencias C-517 de 2002, C-963 de 2003, C-1230 de 2005, C-753 de 2008 y C-471 de 2013, ratificándose la competencia del Legislador para adoptar, dentro de los límites que la Constitución impone,

regímenes especiales de carrera administrativa. Sobre esto último, la jurisprudencia Constitucional ha explicado que *“el establecimiento de regímenes de carreras especiales debe obedecer a criterios objetivos, razonables y racionales, en el sentido de que las particulares condiciones fácticas o materiales que los justifiquen deben ser proporcionales a las finalidades especiales de interés público social que se pretendan satisfacer, de modo tal que, con el fin de preservar el derecho a la igualdad, no se otorguen tratos diferenciados para ciertos sectores de empleados que no se encuentran plenamente justificados”*⁴⁴

Uno de esos límites, es precisamente el que tiene que ver con la “administración” y “vigilancia” de los sistemas especiales de origen legal por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.

3.4 La administración y vigilancia de la carrera administrativa

En aras de asegurar la implementación y velar por el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa, el Constituyente de 1991 previó la existencia de una Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, como una autoridad encargada de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas de carácter especial. Para tal fin el artículo 130 de la Carta Política señala:

“ARTÍCULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”. (Resaltado fuera de texto)

La presencia de un órgano nacional del más alto nivel, autónomo e independiente de las ramas del poder público se explica ante la necesidad de que la puesta en marcha de la carrera administrativa y su permanente veeduría se encuentre revestida de las máximas garantías de imparcialidad y transparencia, al margen del influjo de otras instancias del poder público⁴⁵.

Por ello, la Corte Constitucional en la Sentencia C-372 de 1999 declaró inexcusables varias disposiciones de la Ley 443 de 1998⁴⁶, cuando en su momento crearon Comisiones Territoriales del Servicio Civil⁴⁷ Allí también se explicó que en el diseño acogido por el Constituyente, la CNSC no tuvo otro objetivo que *“sustraer la carrera y su desarrollo y operación, así como la práctica de los concursos y la implementación de los procesos de selección de personal al servicio del Estado, de la conducción de la Rama Ejecutiva del poder público, que tiene a su cargo los nombramientos en orden estricto de méritos -según los resultados de los concursos-, mas no la función de manejar la carrera, privativa del ente creado por la Carta Política con las funciones muy específicas de administrarla y vigilarla en todas las dependencias estatales, excepto las que gozan de régimen especial, obrando siempre sin sujeción a las directrices ni a los mandatos gubernamentales”*.

La jurisprudencia no siempre fue uniforme en cuanto a las atribuciones de la CNSC para ejercer la administración y vigilancia de los sistemas de carrera administrativa. (i) En sus primeros fallos la Corte Constitucional sostuvo que la CNSC no tenía competencia en ninguno de los sistemas especiales de carrera (ni los de origen constitucional ni los de creación legal), por considerar que el artículo 130 de la Constitución consagraba una exclusión sin distinción alguna al respecto⁴⁸ (ii) En una segunda etapa señaló que si la carrera es la regla general para los servidores públicos (art. 125 CP) y la competencia de la CNSC es también la regla general (art. 130 CP), entonces *“sólo en virtud de la exclusión que sobre alguna carrera haga la propia Constitución, la Comisión carecerá de competencia”*⁴⁹ (iii) Luego, en un tercer momento, afirmó que el Legislador era quien tenía la potestad de determinar libremente las entidades a cargo de la administración y la vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal⁵⁰.

Finalmente, (iv) a partir de la Sentencia C-1230 de 2005 la Corte Constitucional unificó su postura al respecto, que desde entonces ha sido reiterada de manera pacífica y uniforme⁵¹. Precisó que la CNSC es la autoridad que tiene asignada la función constitucional de “administrar” y “vigilar” el sistema general de carrera y los sistemas específicos creados por el legislador, de manera que únicamente están excluidos de su competencia los sistemas especiales de rango constitucional.

En aquella ocasión se demandó la norma que regula los sistemas específicos de origen legal, entre ellos el de la DIAN, cuyo numeral 3º asignó su “vigilancia” a la CNSC, pero no hizo lo propio con las funciones de “administración”⁵². El demandante argumentó que esa exclusión vulneraba el artículo 130 de la Constitución, ante lo cual la Corte formuló el siguiente problema jurídico:

“Así las cosas, de acuerdo con la situación fáctica, en esta oportunidad le corresponde a la Corte establecer lo siguiente:

(...)

- Si al asignarle a la Comisión Nacional del Servicio Civil la “vigilancia” de los sistemas específicos de carrera de origen legal, excluyéndola de la “administración” de tales sistemas, el legislador desconoció el mandato contenido en el artículo 130 de la Carta, en virtud del cual se le asigna a la referida entidad la doble atribución de “administración y vigilancia” de las carreras de los servidores públicos con excepción hecha de las que tengan carácter especial”. (Resaltado fuera de texto)

En su análisis la Corte se decantó por la posición fijada en la Sentencia C-746 de 1999, según la cual, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Constitución, a la CNSC compete tanto la vigilancia como la administración de las carreras específicas de origen legal. Debido a su relevancia para resolver el asunto bajo examen, resulta pertinente hacer transcripción *in extenso* de las consideraciones y criterios hermenéuticos allí expuestos:

“Coincidiendo con el criterio general inicialmente fijado en la Sentencia C-746 de 1999, la Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio,

por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. Distintas son las razones que apoyan esta interpretación.

- Según quedó explicado en esta Sentencia, la Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público (art. 125), y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia “*de las carreras de los servidores públicos*” (art. 130). Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política, como son el de los servidores públicos pertenecientes a las siguientes entidades estatales: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P. arts. 217 y 218); (ii) la Fiscalía General de la Nación (C.P. art. 253); (iii) la Rama Judicial del poder público (C.P. art. 256-1°); (iv) la Contraloría General de la República (C.P. art. 268-10°); la Procuraduría General de la Nación (C.P. art. 279) y las universidades del Estado (C.P. art. 69). De admitirse como válida la tesis contraria: que el legislador puede asignarle a órganos distintos la función de administración y/o vigilancia de las carreras especiales de origen legal, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil se vería desplazada y reducida a la mínima expresión, toda vez que estaría llamada a desarrollarse en forma casi exclusiva únicamente sobre la carrera general u ordinaria, convirtiéndose la regla general en la excepción.

- Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad “*responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos*”, excepción hecha de las que tengan carácter especial”, está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia. El primero, que la referida competencia es sobre “*las carreras de los servidores públicos*”; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador. El vocablo “y” -que representa la vocal i-, mencionado en el artículo 130 Superior para referirse a las labores que le corresponde cumplir a la Comisión, es utilizado en dicho texto como conjunción copulativa, cuyo oficio es precisamente unir, ligar y juntar en concepto afirmativo las dos acepciones, “administración y vigilancia”, de modo que se entienda que se trata de dos funciones que se deben ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por otros órganos o entidades estatales.

- La interpretación del artículo 130 Superior, en el sentido que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil tanto la administración como la vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, es consecuente con los objetivos y propósitos que justifican la implementación del sistema de carrera y la creación constitucional de la mencionada Comisión. Tal y como se señaló anteriormente, el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores. Por eso, si se excluye a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la competencia obligatoria para administrar y vigilar los sistemas especiales de origen legal, se desconoce sustancialmente los postulados que determinan la existencia y eficacia del sistema de carrera, toda vez que bajo esa premisa el legislador estaría facultado para dejar en cabeza de las mismas entidades públicas nominadoras, a las que decide aplicar un sistema especial de carrera, la función de administración y vigilancia del sistema, patrocinándose así el monopolio sobre el acceso a la función pública que precisamente la Constitución Política buscó evitar y combatir.

- En ese contexto, interpretar que es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde ejercer la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, permite mantener vigente el propósito del constituyente de garantizar la igualdad, la neutralidad y la imparcialidad en el manejo y control de los sistemas de carrera administrativa, impidiendo que tales funciones puedan ser asumidas por las mismas entidades del Gobierno que tienen a su cargo la designación y nombramiento de los servidores públicos a quienes aplican, o en su defecto, por otros órganos que también pertenecen al mismo Gobierno y que como tal no gozan de la autonomía necesaria para garantizar la independencia e imparcialidad que se requiere frente a los cometidos del régimen de carrera.

- Esta posición también es consecuente con la adoptada por la Corte en torno al carácter no independiente de los sistemas especiales de carrera de origen legal y su pertenencia al régimen general. Reiterando lo expresado en el punto anterior, aun cuando los sistemas especiales creados por el legislador se caracterizan por contener regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera en ciertos organismos públicos, en realidad no son considerados como regímenes autónomos e independientes sino como parte de la estructura de la carrera general. La incorporación de los sistemas especiales de origen legal al régimen general, lo dijo la Corte, es consecuencia de ser esta última la regla general y, por tanto, de la obligación que le asiste al legislador no sólo de seguir los postulados básicos del sistema general de carrera, sino del hecho de tener que justificar en forma razonable y proporcional la exclusión de ciertas entidades del régimen común y la necesidad de aplicarle una regulación especial más flexible. Bajo ese entendido, si los regímenes especiales de origen legal hacen parte del sistema general de carrera, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos debe comprender sin duda alguna a dichos sistemas especiales de origen legal, dado su alto grado de conexidad con la carrera general que en todos los casos tiene que ser administrada y vigilada por la citada Comisión.

En consecuencia, acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador *carreras específicas*” (negrilla y subrayado fuera de texto).

Con estos argumentos la Corte Constitucional concluyó que el Legislador había incurrido en una omisión legislativa relativa contraria al artículo 130 superior, al haber reducido la competencia de la CNSC a la “vigilancia” de las carreras específicas, dejando de lado la función de “administración” de las mismas, cuyas funciones no podían ser compartidas por otros órganos, ni escindidas a instancias del Legislador. Al respecto la Corte dijo:

“Conforme con ese planteamiento, descendiendo al caso concreto, la Corte encuentra que en lo que respecta al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 909 de 2004, acusado en esta causa, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa contraria al ordenamiento Superior, al reducir la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente a la “vigilancia” de las carreras específicas. Siguiendo las explicaciones precedentes, la competencia asignada por el artículo 130 Superior a la referida Comisión, es para administrar y para vigilar la carrera general y las carreras especiales de origen legal, siendo el ejercicio de tales funciones un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que las mismas deben ser asumidas en forma privativa y excluyente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y, por tanto, no pueden ser compartidas con otros órganos ni separadas o disgregadas a instancia del legislador ordinario o extraordinario, tal y como equivocadamente ocurrió en el caso de la preceptiva citada”. (Resaltado fuera de texto)

En consecuencia, declaró la exequibilidad condicionada de la disposición, bajo el entendido de que la “administración” de los sistemas específicos de carrera de origen legal también corresponde a la CNSC:

“SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando se entienda que la administración de los sistemas específicos de carrera administrativa también corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil”. (Resaltado fuera de texto)

Pronunciamientos recientes reafirman que tanto la vigilancia como la administración de los sistemas específicos de origen legal está a cargo de la CNSC⁵³. Así, en la Sentencia C-753 de 2008 la Corte analizó varias normas del Decreto Ley 91 de 2007⁵⁴, de acuerdo con las cuales la administración, coordinación, orientación y adecuado funcionamiento del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa (empleados públicos civiles y no uniformados) estaría a cargo de diferentes órganos, entre ellos la Comisión Administradora del Sistema Especial del Ministerio de Defensa. La Corte siguió las reglas fijadas en la Sentencia C-1230 de 2005 y reiteró que los sistemas específicos de carrera de origen legal deben ser “administrados” y “vigilados” por la CNSC. Dijo al respecto:

“Ahora bien, como ha quedado establecido, existen carreras especiales tanto de origen constitucional como de origen legal. Frente a las primeras, la Corte ha sido unánime al afirmar que la Comisión Nacional del Servicio Civil queda excluida de la administración y vigilancia de las carreras especiales de origen constitucional. Frente a las segundas, esto es, a los regímenes especiales de carrera de origen legal, existe en la actualidad una jurisprudencia unificada de la Corte en cuanto a que es a esta entidad a quien corresponde la administración y vigilancia de dichos regímenes especiales de origen legal.

(...)

Por consiguiente, esta Sala reitera nuevamente y con fundamento en una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 superiores, que los sistemas especiales de origen legal, también denominados ‘sistemas específicos de carrera’, deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil”. (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Constitucional constató que las normas demandadas desconocían la competencia de la CNSC para la administración y vigilancia de la carrera en el sector defensa, y con ello “el propósito del Constituyente de hacer efectivo el sistema de carrera en los distintos órganos y entidades del Estado sin injerencia del ejecutivo ni de las demás ramas del poder público”⁵⁵

En similar sentido es importante destacar que en la Sentencia C-471 de 2013 la Corte declaró la inexequibilidad y la constitucionalidad condicionada de varias disposiciones del Decreto Ley 775 de 2005, “por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional”. Encontró que esas normas despojaban a la CNSC de la competencia de administrar ese sistema específico de carrera o invadían sus atribuciones constitucionales en la materia.

En ese fallo también explicó que aun cuando la “administración” y la “vigilancia” de la carrera son conceptos jurídicos indeterminados, su alcance hermenéutico puede ser acotado por la Corte como intérprete autorizado de la Constitución Política, a efecto de llevar a cabo el control que le ha sido encomendado:

“4.2. La administración de las carreras de los servidores públicos

La Constitución Política, por tanto, establece que la Comisión Nacional del Servicio civil es responsable de ‘la administración y la vigilancia de las carreras de los servidores públicos’, salvadas las excepciones previstas por la misma carta (art. 130, CP).

4.2.1. Resalta la Sala que la Constitución establece las expresiones ‘la administración’ y ‘la vigilancia’ de forma escueta. Esto es, no se desarrolla cuál es su contenido. No se determina qué se ha de entender por cada uno de estos conceptos de forma detallada y precisa. En otras palabras, se trata de conceptos jurídicos indeterminados; nociones contempladas por la Carta de forma amplia y general, sin mayores delimitaciones y precisiones.⁵⁶ Tal técnica constitucional conlleva un respeto hacia la deliberación democrática, permitiendo que sea ésta la que precise el alcance de lo que implica la administración y la vigilancia de los sistemas de carrera administrativa.

4.2.2. Por supuesto, el que se trate de conceptos jurídicos indeterminados y no de nociones jurídicas delimitadas de forma clara y precisa, no

quiero decir que pueda el legislador prescindir de algunos contenidos básicos y estructurales de sentido y significación que tienen ambas nociones. No puede dejarse de poner en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil funciones que clara y evidentemente se requiere tener asignadas para poder 'administrar' o 'vigilar' un sistema de carrera administrativa. Si bien existen 'zonas de penumbra' en que el alcance del significado de la expresión 'administración' de los sistemas de carrera pueden ser precisadas o delimitadas con autoridad por parte del legislador respecto a qué implica administrar o vigilar un sistema de carrera administrativa, existe un núcleo duro de significado, unos contenidos mínimos que no pueden ser desconocidos.⁵⁷

4.2.3. Según el uso corriente de la expresión 'administrar', se hace referencia a ordenar, disponer u organizar.⁵⁸ Teniendo en cuenta el uso habitual de las expresiones en derecho, concretamente, puede señalarse que administrar implica, 'gobernar', 'regir', 'cuidar', 'manejear'.⁵⁹ De forma específica, suele entenderse que la administración de un asunto público, suele implicar algunos aspectos básicos.⁶⁰ A saber, la autoridad, sin la cual, nada se puede ordenar, exigir ni imponer; la responsabilidad, para que no se trate de un poder arbitrario; la independencia, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la permanencia, por la naturaleza de sus fines y la capacidad de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública. En tal sentido, estos conceptos constituyen unos de los criterios básicos para establecer los contenidos básicos y nucleares de la 'administración de las carreras administrativas'." (Resaltado fuera de texto)

En el ámbito estrictamente normativo, la Ley 909 de 2004 escindió las funciones de administración (artículo 11) y las de vigilancia (artículo 12) atribuidas a la CNSC. En su diseño original el Legislador previó que, en relación con los sistemas específicos de carrera, la Comisión ejercería las funciones de "vigilancia" (numeral 3º del artículo 4), mientras que las de "administración" se ejercerían al interior de cada entidad.

Sin embargo, luego de la Sentencia C-1230 de 2005 y el condicionamiento que allí se adoptó, es claro que la entidad también tiene a su cargo la función de "administrar" los sistemas específicos de creación legal.

4. El caso concreto

El señor Iván Alexander Chinchilla Alarcón solicitó la nulidad de algunos apartes del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 "Por el cual se modifica el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005", y la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se da una "Instrucción en materia de provisión definitiva de empleos de carrera y trámite para la provisión transitoria como medida subsidiaria", porque considera que se expedieron i) con desconocimiento de las normas constitucionales y legales en las que debían fundarse; ii) falta de competencia y, iii) violación al debido proceso.

4.1 Los cargos de nulidad propuestos contra el Decreto 4968 de 2007

Para responder los argumentos planteados por la parte actora contra el Decreto 4968 de 2007, la Sala considera necesario destacar que el legislador a través de la Ley 909 de 2004⁶¹, desarrolló el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Carta Política, con el fin de regular el sistema de empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.

En el artículo 7º de la referida ley se define la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, señalando que de acuerdo con lo previsto en el artículo 130 de la Constitución Política es una entidad responsable de la administración vigilancia de la carrera administrativa, excepto de las carreras especiales (de orden constitucional), por lo que es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Asimismo, la mencionada Ley 909 de 2004, en sus artículos 11 y 12 estableció las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en su rol de administración y vigilancia en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil Relacionadas Con La Responsabilidad de la Administración de la Carrera Administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

- a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;
- b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;
- c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;
- d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa;
- e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por

razones de violencia;

f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;

g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;

h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;

j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;

k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.

PARÁGRAFO. El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.

ARTÍCULO 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil Relacionadas Con la Vigilancia de la Aplicación de las Normas Sobre Carrera Administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;

c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición;

d) Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia;

e) Conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa a quienes se les aplica la presente ley;

f) Velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera;

g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;

i) Presentar un informe ante el Congreso de la República dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, o cuando este lo solicite, sobre sus actividades y el estado del empleo público, en relación con la aplicación efectiva del principio de mérito en los distintos niveles de la Administración Pública bajo su competencia.

PARÁGRAFO 1o. Para el correcto ejercicio de sus competencias en esta materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil estará en contacto periódico con las unidades de personal de las diferentes entidades públicas que ejercerán sus funciones de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá imponer a los servidores públicos de las entidades nacionales y territoriales sanciones de multa, previo el debido proceso, cuando se compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por ella. La multa deberá observar el principio de gradualidad conforme el reglamento que expida la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos mínimos serán cinco (5) salarios mínimos legales vigentes y máximos veinticinco (25) salarios mínimos legales vigentes. (...)"

Es pertinente mencionar que de manera transitoria y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, el legislador en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de la ley, para expedir normas con fuerza de ley que contengan entre otros: “*1. El procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cumplimiento de sus funciones. (...)*”.

Con fundamento en dicha potestad, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 760 de 17 de marzo de 2005 “*Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones*”, y en su artículo 44 dispuso:

“Cuando por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud sustentada del Jefe del Organismo o entidad, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, en las vacancias temporales generadas por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En efecto, el legislador extraordinario a través de la referida norma le otorgó la posibilidad a la Comisión Nacional del Servicio Civil de autorizar encargos en empleos de carrera, cuando se presente una vacancia de este, previa solicitud de la entidad, en eventos de estricta necesidad del servicio.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1175 de 17 de noviembre de 2005⁶², declaró la exequibilidad condicionada del artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, al considerar que no se configuraba una extralimitación de las facultades legales del Ejecutivo, ni se vulneraba el principio del mérito como requisito de ingreso a la carrera administrativa, con fundamento en lo siguiente:

“6.5 Señala la Corte que como se desprende del texto mismo del artículo 44 del Decreto 760 de 2005, cuando se produce la vacancia temporal en un cargo de carrera, se autoriza la provisión del mismo sin previa convocatoria a concurso y por encargo, lo que encuentra justificación en la necesidad de la continuidad en la prestación del servicio público, sin que ello signifique que con posterioridad pueda prescindirse de la realización del concurso para proveer el empleo conforme a las reglas que regulan la carrera administrativa. Ahora bien, si como consecuencia de la designación por encargo se produce a su vez una vacancia temporal, porque el encargado no pueda simultáneamente desempeñar los dos empleos, el artículo 44 de la norma que ahora se estudia autoriza que se efectúe un nombramiento provisional. De tal manera que, concluido el encargo, volverá entonces el titular del empleo a su cargo original.

(...)

6.6 Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación.” (subrayado fuera de texto).

Para el Tribunal Constitucional, el procedimiento establecido en el artículo 44 del Decreto 760 de 2005 con el cual se reglamenta la figura del encargo como un instrumento válido para suplir vacancias definitivas de los empleos públicos, se ajusta a la Carta Política, siempre que concurren los siguientes presupuestos: i) que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; ii) que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; iii) que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargada; y, iv) que no haya lista de elegibles vigente.

Dentro del análisis efectuado por la Corte Constitucional al contenido del artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, se resaltó que ante una vacancia en un cargo de carrera, la CNSC debe autorizar la provisión de este sin previa convocatoria a concurso y por encargo, lo cual se justifica en la necesidad de la continuidad en la prestación del servicio público. Asimismo, se indicó que, si como consecuencia de la designación por encargo se produce a su vez una vacancia temporal, el artículo 44 autoriza que se efectúe un nombramiento provisional.

En efecto, se observa que el estudio realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1175 de 2005, no cuestionó, ni expresó reparo alguno a la potestad que el legislador extraordinario le otorgó a la Comisión Nacional del Servicio Civil para “*autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso*”. Por el contrario, uno de los presupuestos destacados por el alto Tribunal para declarar la exequibilidad de la norma fue que la entidad interesada en proveer un empleo vacante bajo la figura del encargo debía realizar una solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que se estudiara la procedibilidad del encargo, con el fin de garantizar los derechos del personal de carrera administrativa que pudiera ocupar el cargo de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Con relación al encargo, esta Corporación⁶³ señaló que dicha figura además de ser una situación administrativa del servicio público, se erige como un derecho mínimo laboral (preferencial) instituido a favor de los empleados de carrera en el régimen general (artículo 24 de la Ley 909 de 2004), cuya prerrogativa tiende a garantizar aspectos básicos del sistema de mérito y de los principios de la función pública, como: i) el óptimo funcionamiento del servicio en condiciones de igualdad, eficiencia, imparcialidad y moralidad; ii) el legítimo ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y iii) la protección y respeto por los derechos subjetivos de los funcionarios de carrera, cuya génesis se encuentra en el principio de estabilidad en el empleo.

El derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se ha erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; que debe recaer en un empleado de carrera

administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos para el cargo, no haya sido sancionado disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica⁶⁴.

Así pues, ante la ausencia del empleado con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria. Este procedimiento deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá el nombramiento provisional⁶⁵.

Respecto al derecho preferencial de encargo y su alcance en el sistema general de carrera y los sistemas específicos, esta Corporación⁶⁶ señaló.

"(...) En este orden de ideas, se tiene que las reglas básicas orientadoras de la carrera general no pueden ser ajenas a los sistemas específicos de carrera, toda vez que su desconocimiento podría conllevar a una afectación o vulneración de los derechos mínimos de los empleados de carrera administrativa.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la normativa que regula el derecho preferencial de encargo a favor de los empleados públicos de carrera administrativa, se debe tener en cuenta al momento de definir la provisión de empleos en los sistemas específicos de carrera, pues como se indicó anteriormente, las pautas de las normas especiales deben ser complementarias con los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general.

Acorde con lo mencionado, cabe advertir que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC al ser la entidad encargada de la vigilancia y ejercicio de la función de verificación del derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera administrativa en el régimen general, resulta ser también la autoridad competente para vigilar el cumplimiento de este derecho en el régimen especial. Consecuencia natural y lógica, dado que si las disposiciones de la ley general en la materia se aplican al sistema especial para garantizar el acceso al derecho preferencial de encargo, es claro que quien tiene la función para su vigilancia y garantía en un sistema, la tiene también para el otro. Además, que como se dijo, no otra cosa puede desprenderse del alcance que ha dado la jurisprudencia constitucional al artículo 130 superior, cuando quiera que se han revelado las facultades de la CNSC para ejercer la vigilancia de todos los sistemas de carrera de orden legal. (...)".

Bajo este contexto, la Sala observa que el Presidente de la República expidió el Decreto 4968 de 2007, mediante el cual modificó el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en ejercicio de su potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, tomando como referencia los preceptos de la carrera administrativa establecidos en la Ley 909 de 2004, relacionados con la provisión de los empleos y el procedimiento para el ejercicio de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio regulado en el Decreto Ley 760 de 2005.

Los supuestos fácticos establecidos en el artículo 1º del Decreto 4968 de 2007 se dirigen a definir los parámetros para proveer empleos de carrera administrativa con vacancia definitiva en determinados escenarios de necesidad de las entidades públicas bajo las modalidades de encargo y nombramiento en provisional. Además, establece el trámite que se debe surtir ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para la provisión de tales cargos.

De esta manera, al confrontar los apartes demandados del artículo 1º del Decreto 4968 de 2007 con lo dispuesto en el Decreto Ley 760 de 2005, se advierte que el legislador extraordinario al establecer el procedimiento que debe surtirse por la Comisión Nacional del Servicio Civil, le asignó una potestad particular a dicho organismo, consistente en la expedición de las autorizaciones para proveer determinados empleos de carrera bajo la modalidad de encargo, por lo que resulta evidente que tal facultad definida en el decreto demandado encuentra sustento en el referido antecedente legislativo, lo que de paso habilitaba al Ejecutivo para reglamentar el término con el que contaba la CNSC para resolver dicha autorización y su consecuencia ante la renuencia del organismo para cumplir tal función.

Cabe precisar que la autorización de nombramientos en la modalidad de encargo, tanto en el Decreto Ley 760 de 2005 como en el Decreto 4968 de 2007, opera por razones de estricta necesidad, por ello, en esta última norma se precisan los escenarios en los que es procedente dicha situación administrativa, esto es, la reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad pública, las cuales son situaciones a las que puede someterse una entidad para adecuar su funcionamiento, en aras de garantizar la continuidad del servicio.

Ahora bien, en los demás aspectos reglados por el Decreto 4968 de 2007, relacionados con el término máximo de duración del encargo (6 meses), la procedibilidad excepcional del nombramiento en provisionalidad y la prohibición de expedir autorización para proveer empleos con vacancias temporales en provisionalidad, la Sala advierte que dichos asuntos se ajustan a los parámetros normativos fijados por los artículos 2467 y 25 de la Ley 909 de 2004, que regulan la figura del encargo y la provisión de los empleos de vacancia temporal, por lo que no se observa ninguna irregularidad que demuestre el desconocimiento del ordenamiento superior.

En cuanto a la facultad de delegar en los nominadores la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, es pertinente indicar que tal potestad tiene sustento en los principios de delegación, eficiencia, celeridad y coordinación, con los que se rige la función administrativa, los cuales le imponen a las autoridades administrativas el deber de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, según lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3º del Decreto 01 de 1984 y el mismo texto normativo cuestionado.

Así las cosas, si bien, los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 no le concedieron expresamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil la

función de autorizar encargos, también es cierto que el legislador extraordinario, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, le otorgó dicha potestad a través del artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005. Entonces, comoquiera que el decreto demandado se dirige a reglamentar aspectos regulados dentro del mencionado artículo 44, se concluye que los apartes cuestionados no resultan contrarios al ordenamiento superior.

Cabe mencionar que en virtud de lo dispuesto en el literal h) del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil debe “*... Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, ...*”.

De esta manera, analizado el precepto contenido en el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, en conjunto con lo previsto en el literal h) del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, se puede inferir que la autorización para efectuar encargos en empleos de carrera administrativa con vacancia definitiva, mientras se surte el proceso de selección, se constituye en una medida o mecanismo para garantizar la protección de los derechos del personal de carrera que puede acceder a estos cargos, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el encargo es un derecho preferencial que le asiste a los servidores de carrera.

En cuanto a los nombramientos en provisionalidad, se debe señalar que tanto el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, como el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, indican que en las vacancias temporales derivadas de distintas situaciones administrativas, entre ellas, el encargo, los empleos de carrera podrán ser provistos mediante designaciones en provisionalidad, cuando no fuere posible proveerlos a través de la figura del encargo con servidores de carrera.

Por su parte, el Decreto 4968 de 2007 en concordancia con las referidas disposiciones legales, precisó que “*el nombramiento en provisionalidad procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles para ser utilizada*”.

En este orden se tiene que la provisionalidad es una medida subsidiaria y excepcional que procede cuando no fuere posible la provisión de los empleos vacantes en las plantas de personal de las entidades públicas, bajo la modalidad de encargo con servidores de carrera administrativa.

Así pues, es pertinente resaltar que la Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de sus funciones de vigilancia le compete adoptar los mecanismos necesarios para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad para el ingreso a los empleos públicos (literal h) artículo 12 Ley 909 de 2004), lo cual implica que en desarrollo de tal actividad, debe verificar que las vacancias definitivas y temporales existentes en las respectivas plantas de personal se provean a través de las figuras definidas por el legislador⁶⁸, con el respectivo personal de carrera, máxime cuando en su función de administración le atañe, conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Lista de Elegibles, actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y remitir a las entidades las listas de personas con las que se deben proveer los empleos de carrera que se encuentren con vacancia definitiva (literales e), f) y g) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004).

Con base en lo anterior, la Sala considera que la autorización que le compete emitir a la entidad (CNSC) para proveer cargos mediante provisionalidad con fundamento en el Decreto 4968 de 2007, se deriva de sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa, pues dicho permiso tiene por objeto la adecuada provisión de empleos vacantes en las respectivas planta de personal, dado que le impone al organismo examinar que las designaciones que pretenden realizar los nominadores atiendan los parámetros legales existentes para el ingreso al empleo público, con el fin de procurar el mejor desarrollo del servicio, con el personal apropiado en un plano de igualdad y mérito.

Así pues, no se evidencia que el Gobierno Nacional haya invadido las potestades del nominador para proveer las vacancias definitivas existentes dentro de las plantas de personal de las entidades públicas, como lo sostienen el demandante y los coadyuvantes, pues el decreto acusado se limitó a reglamentar la situación de las vacancias definitivas en las situaciones de necesidad que establece el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005.

En consecuencia, la Sala considera que los cargos formulados por la parte actora contra los apartes demandados del Decreto 4968 de 2007, con relación a la autorización de encargos y nombramientos en provisionalidad, no están llamados a prosperar.

No obstante, lo anterior, es necesario precisar que tanto en el texto del artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, como en el contenido de los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, que desarrollan las funciones de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se concede a dicho organismo la facultad de autorizar prórrogas de los encargos y nombramientos en provisionalidad, por lo que tal situación constituye un exceso de las potestades reglamentarias del Gobierno Nacional, al estipular trámites por fuera del marco legal.

Cabe recordar que esta Corporación, mediante sentencia de 12 de abril de 201269 precisó que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 estableció un término perentorio de 6 meses de duración del encargo⁷⁰, por lo que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con el término de permanencia en dicha situación administrativa. En virtud de lo anterior, esta Sección declaró la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida.

Así las cosas, la Sala advierte que el decreto demandado (Decreto 4968 de 2007) al habilitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar las prórrogas de los nombramientos bajo la modalidad de encargo, introdujo una excepción a la regla general que regula el término máximo de duración del encargo, en tanto le permitió prolongar en el tiempo la implementación de dicha figura jurídica, superando el plazo previsto en la Ley 909 de 2004 (artículo 24) y el Decreto 1227 de 2005 (artículo 8), lo cual desconoce la normativa legal y los criterios

jurisprudenciales que definen el asunto.

Bajo estas consideraciones, la Subsección estima que los cargos alegados contra los apartes demandados del artículo 1º del Decreto 4968 de 2007 deben prosperar en relación con la facultad asignada a la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar prorrogas de encargos, toda vez que se evidencia un exceso de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional.

4.2 Los cargos de nulidad contra la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio.

Ahora con relación a la legalidad de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, es pertinente, resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil está facultada para *"expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regula la carrera administrativa"*, lo cual tiene aplicación en todas las entidades públicas que se encuentran sometidas al régimen de carrera administrado por la referida entidad.

Al examinar el contenido de la circular demandada, se observa que fue expedida con el fin de dar instrucciones y fijar un procedimiento para la provisión de empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva, mediante las modalidades de encargo y provisionalidad, así como el trámite para la provisión transitoria de tales cargos como medida excepcional, para que estas figuras no sean una constante para la provisión, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 909 de 2005 y los Decretos 1227 de 2008 y 4968 de 2007.

En efecto, se advierte que la Circular N° 05 de 2012, en el título primero, informa las generalidades y presupuestos de forma que deben cumplir los nominadores de las entidades públicas para adelantar el trámite de autorización ante la CNSC para la provisión de empleos en vacancia definitiva y, advierte que tal autorización no tiene alcance en la elección de los posibles candidatos que vayan a ocupar el cargo, pues la designación del servidor es una competencia exclusiva del nominador.

Seguidamente, en el título segundo, se desarrolla el concepto de encargo y el alcance del mismo como derecho preferencial de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005. Asimismo, el referido título se refiere al procedimiento que debe adelantar las unidades de personal de las entidades públicas para conceder el encargo, lo cual implica un estudio de verificación de requisitos, conforme con los presupuestos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y los criterios planteados por la jurisprudencia Constitucional sobre el tema.

De igual manera, la circular acusada, en el título segundo, menciona los instrumentos jurídicos previstos en la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 760 de 2005 y el Acuerdo N° 140 de 2010 de la CNSC, con los que cuenta un servidor público para exigir o reclamar por el derecho de encargo o desmejoramiento laboral, cuando considere vulnerados sus derechos. Adicionalmente, describe los elementos que debe contener y los documentos que deben acompañar la solicitud de autorización para la provisión por encargo, así como los eventos en los que puede darse por terminada dicha situación administrativa, según el Decreto 1227 de 2005.

Asimismo, el título segundo, enumera las circunstancias en las que proceden los nombramientos en provisionalidad, según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 4968 de 2007, los requisitos que debe cumplir el escrito de solicitud de autorización y las causas por las que se puede dar por terminada tal designación, conforme con el Decreto 1227 de 2005.

Por otro lado, la circular demandada en el título tercero indica los presupuestos que debe contener la solicitud de autorización de prórroga de los encargos y nombramientos en provisionalidad, para lo cual destacó la presunción de legalidad de dicha potestad contenida en el Decreto 4968 de 2007, pese a la declaratoria de nulidad de los apartes del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, acaecida con la sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda (radicado N° 9336-2005).

De acuerdo con lo anterior, se advierte que los apartes contenidos en los títulos primero y segundo de la circular demanda se dirigen a i) definir las formas de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa con vacancia definitiva, ii) establecer el alcance y procedimiento para la provisión de dichos cargos y, ii) orientar a las entidades sobre los elementos o requisitos que debe contener la solicitud de autorización que deben presentar los nominadores ante la CNSC, para designar a un servidor bajo las modalidades de encargo y provisionalidad.

Debe tenerse en cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en ejercicio de sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa, otorgadas por la Constitución y la Ley, tiene el deber de actuar conforme los principios de economía, celeridad, y eficiencia, propios de la función administrativa, para garantizar que los cometidos constitucionales relacionados con la carrera administrativa se cumplan a cabalidad y, en este sentido no puede permitir que los mecanismos excepcionales para la provisión de empleos de carrera, tales como los encargos y los nombramientos provisionales, se conviertan en reglas de aplicación general que contraríen el orden de prioridad establecidos en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005.

De esta manera, se observa que los apartes contenidos en los títulos cuestionados, desarrollan los parámetros legales que regulan las figuras del encargo y la provisionalidad establecidos en la Ley 909 de 2004, así como el procedimiento fijado en el Decreto Ley 760 de 2005 y los Decretos 1227 de 2008 y 4968 de 2007. Por consiguiente, la Sala considera que tales títulos no desconocen el ordenamiento jurídico, ni desbordan la competencia administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues resulta evidente que el texto demandado se expidió con sujeción a las potestades otorgadas por el literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004. Por ende, no prosperan los cargos contra dichos apartes.

Sin embargo, con relación al título tercero, relativo a la autorización de prórrogas de encargo y nombramiento en provisionalidad, es importante señalar que las funciones de administración y vigilancia otorgadas a la CNSC en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1227 de 2005 y el Decreto Ley 760 de 2005, de ninguna manera facultan a la Comisión para autorizar prórrogas de los encargos y nombramientos en

provisionalidad.

En efecto, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, restriegen el límite del encargo a un término máximo de duración de 6 meses. A su vez, los artículos 25 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, indican que el nominado podrá designar a un servidor mediante nombramiento en provisionalidad por el término que duren la situación administrativa que originó la vacancia del cargo, lo que da cuenta que no hay lugar a establecer prorrogas de tales designaciones.

En consecuencia, el procedimiento establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el título tercero de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, comporta un desconocimiento de las normas en las que debía fundarse y un exceso de las facultades de administración que le corresponden, máxime cuando la facultad que le otorgaba el Decreto 4968 de 2007 para autorizar prorrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad, tampoco se ajusta al ordenamiento superior, como se indicó en precedencia.

En virtud de lo anterior, la Sala considera que el cargo planteado contra los apartes contenidos en el título tercero de la Circular N° 05 de 2012, están llamados a prosperar, razón por la cual se declarara su nulidad junto con los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo de la referida circular que hacen relación al trámite de autorización de prorrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad.

4.3 Los cargos de nulidad contra los regímenes específicos de carrera administrativa

La parte actora manifiesta que la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012 desconoce las normas en las que debía fundarse, porque extiende sus efectos a los sistemas específicos de carrera administrativa, desconociendo que se trata de regímenes particulares en cuyas regulaciones no se establece el tema de la solicitud de autorización ante la CNSC para la provisión de empleos mediante encargo y nombramientos en provisionalidad.

Al respecto, es importante precisar que los sistemas específicos de carrera administrativa *“aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese solo hecho como regímenes autónomos e independientes”*, pues son, *“en realidad, una derivación del régimen general de carrera”*, del cual se apartan solo *“en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades”*⁷¹

En efecto, los sistemas específicos contienen *“una regulación complementaria”*, cuya finalidad consiste en *“armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades”*, lo que conduce a que, en todo caso, deban mantenerse *“los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”*⁷²

De esta manera, el intérprete y operador jurídico, al momento de definir el alcance de las disposiciones que regulan el sistema específico de carrera debe tener en cuenta dos premisas esenciales, por una parte *“la singularidad y especificidad de las funciones que corresponde cumplir a las distintas entidades estatales”* y, de la otra, *“los principios básicos que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia”*⁷³.

En este orden de ideas, se tiene que las reglas básicas orientadoras de la carrera general no pueden ser ajenas a los sistemas específicos de carrera, toda vez que su desconocimiento podría conllevar a una afectación o vulneración de los derechos mínimos de los empleados de carrera administrativa.

Sobre el particular, la jurisprudencia Constitucional⁷⁴ ha señalado que una disposición legal que forma parte del cuerpo normativo de una ley, o que se integra a un determinado ordenamiento jurídico, no puede ser interpretada de manera individual y aislada, esto es, como si las demás disposiciones del cuerpo normativo al que pertenece, y que le son afines, no existieran. Lo que se impone en estos casos, es una interpretación conforme, armónica, sistemática y coherente, que impida la distorsión de aquella disposición cuyo sentido se trata de precisar. De esa forma, se le permite al intérprete tener en cuenta, para efectos de fijar el sentido de la ley en su conjunto y de cada uno de sus artículos en particular, la finalidad que la misma persigue⁷⁵.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la normativa que regula el tema de la autorización ante la CNSC para la provisión de empleos de carrera administrativa con vacancia definitiva en las modalidades de encargo y provisionalidad, así como sus directrices procedimentales, se deben tener en cuenta al momento de definir la provisión de empleos en los sistemas especiales de carrera, pues como se indicó anteriormente, las pautas de las normas específicas deben ser complementarias con los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general. Por consiguiente, el cargo planteado por la parte actora no está llamado a prosperar.

4.4 Los efectos de la presente decisión frente al numeral 4° del Concepto de 28 de mayo de 2013; y el parágrafo 5° del artículo 2° y el parágrafo 1° del artículo 3° de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014.

Con respecto, al Concepto de 28 de mayo de 2013, la Sala observa que dicho acto administrativo desarrolla un marco normativo y conceptual del encargo (naturaleza, clases, características) y particularmente en el numeral 4° se dirige a definir los requisitos para otorgar el reconocimiento del derecho a encargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, esto es, i) que el servidor público se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer; ii) que el empleado cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia; iii) que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar; iv) que no tenga sanción disciplinaria en el último año; y v) que su última evaluación del desempeño laboral

sea sobresaliente.

En este orden, se tiene que tales apartes reproducen en idénticos términos los postulados del literal a) del numeral 2.1.1 del Título 2º de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, porque al igual que lo hizo la referida circular, estableció los presupuestos para que proceda el reconocimiento del derecho a encargo a un servidor titular de derechos de carrera, señalando los parámetros que deben examinar las unidades de personal de las entidades públicas para verificar los requisitos que debe cumplir el servidor público para acceder a la figura del encargo, con respecto a la titularidad de su cargo de carrera administrativa.

Por su parte, el parágrafo 5º del artículo 2 y el parágrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014, proferida por el Director de Desarrollo Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali, también reproducen en esencia los postulados del literal a) del numeral 2.1.1 del Título 2º de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, toda vez que establecen la metodología y el procedimiento para verificar los requisitos de los servidores públicos con derecho a ser encargados en un empleo de carrera administrativa vacante dentro de la planta de personal de la entidad.

Así las cosas, como quiera que el numeral 4º del Concepto de 28 de mayo de 2013, el parágrafo 5º del artículo 2 y el parágrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014, contienen en su texto las mismas disposiciones del literal a) del numeral 2.1.1 del Título 2 de la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, cuyos apartes no revelan ninguna irregularidad o desconocimiento con el ordenamiento superior, como se advirtió anteriormente, se concluye que el referido concepto y la mencionada resolución no se encuentran viciadas de nulidad.

III. DECISIÓN

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala declarará la nulidad parcial de los apartes demandados del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007, expedido por el Gobierno Nacional, en lo que corresponde a la expresión normativa que señala que *"la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales"*. Asimismo, se declarará la nulidad parcial de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012 en lo que atañe los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo y el título tercero de la referida circular que hacen relación al trámite de autorización de prórrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad. Finalmente, se negarán las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de los apartes demandados del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007, expedido por el Gobierno Nacional, en lo que corresponde a la expresión normativa que señala que *"la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales"*.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012 en lo que atañe los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo y el título tercero de la referida circular que hacen relación al trámite de autorización de prórrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: LEVANTAR la suspensión provisional de los apartes del artículo 1º del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007; y la Circular N° 005 de 23 de julio de 2012, expedida por la CNSC.

QUINTO: LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos: i) del numeral 4º del Concepto de 28 de mayo de 2013, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, ii) del parágrafo 5º del artículo 2 y iii) el parágrafo 1º del artículo 3º de la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014, proferida por el Director de Desarrollo Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali, por lo expuesto en esta providencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente) (Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005"

2. Mediante la cual se da una "Instrucción en materia de provisión definitiva de empleos de carrera y trámite para la provisión transitoria como medida subsidiaria".

3. "Por la cual se establece la metodología del a convocatoria interna para la provisión transitoria mediante encargo de los empleos de carrera administrativa con vacantes temporales y definitivas en la Alcaldía de Santiago de Cali".

4. Folios 10 - 25

5. Normas que regulan los sistemas específicos de carrera administrativa de la DIAN, las Superintendencias de la Administración Pública, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y la Aeronáutica Civil.

6. Los fragmentos suspendidos por el auto de 5 de mayo de 2014 de la Circular N° 05 de 2012 hacen referencia al siguiente: "... *El Título 1. Generalidades del trámite de autorizaciones de provisión transitoria de empleos en vacancia definitiva.*

El Título 2. Formas de Provisión Transitoria. Especificidades en su autorización y aplicación, numerales: 2.1.1. Procedimiento para la concesión de encargos; 2.1.2. Desmejoramiento laboral por causa de otorgamiento de encargo; 2.1.3. Reclamación por derecho a encargo; 2.1.4. Autorización de la Comisión para la provisión del encargo; el literal f) de numeral; 2.1.5. Terminación del encargo; 2.2. Nombramientos en provisionalidad; 2.2.1. Autorización de la comisión para la Provisión por nombramiento en provisionalidad;

Del Título 3 Consideraciones en relación con la autorización de prórrogas de encargo y nombramientos en provisionalidad, numerales 3.1. Prórroga de encargo; 3.2. Prórroga de nombramiento en provisionalidad; y Título 4 Consideraciones Finales; 4.1. Presunción de Buena Fe Constitucional (...);

7. "ARTÍCULO 237. PROHIBICIÓN DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO O ANULADO. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

8. "ARTÍCULO 238. PROCEDIMIENTO EN CASO DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO. Si se trata de la reproducción del acto suspendido, bastará solicitar la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañando al proceso copia de este. Esta solicitud se decidirá inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de ambos actos. (...)"

9. Acta visible a folios 205 a 209 y CD que contiene el magnético de la audiencia obra a folio 204 del cuaderno principal.

10 Acta visible a folios 243 - 247 y CD que contiene el magnético de la audiencia obra a folio 242 del cuaderno principal.

11. Se debe precisar el Concepto de 28 de mayo de 2013 de la CNSC y la Resolución N° 4122.0.21.971 de 24 de octubre de 2014 de la Alcaldía de Cali, fueron suspendidos en este asunto por reproducción de la Circular N° 05 de 2012 y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 238 del CPACA, en la sentencia definitiva se debe resolver si se declara o no la nulidad tanto del acto inicialmente demandado y suspendido, como de los actos suspendidos por reproducción.

12. Corte Constitucional, Sentencia C-028/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero

13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.
16. Ibídem.
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.
18. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
19. Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
20. Corte Constitucional C-284 de 2011, C-671 de 2001.
21. Corte Constitucional C-195 de 1994.
22. Corte Constitucional C-405 de 1995.
23. Corte Constitucional C-588 de 2009, C-249 de 2012.
24. Corte Constitucional C-588 de 2009.
25. Corte Constitucional C-475 de 1999, C-540 de 1998.
26. Corte Constitucional C-161 de 2003.
27. Corte Constitucional C-380 de 1997.
28. Corte Constitucional C-181 de 2010, C-588 de 2006, C-356 de 1994, C-479 de 1992, entre otras.
29. Corte Constitucional C-195 de 1994.
30. Corte Constitucional C-040 de 1995.
31. En este sentido, el Artículo 2º de la Ley 443 de 1998 establece los siguientes principios rectores: "Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa

deberá desarrollarse fundamentalmente en los siguientes:

Principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera, las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.

Principio del mérito, según el cual el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella".

32. Corte Constitucional Sentencia SU-086 de 1999.

33. Corte Constitucional C-195 de 1994.

34. Corte Constitucional C-181 de 2010.

35. Corte Constitucional C-540 de 1998.

36. Corte Constitucional sentencias C-284 de 2011, C-161 de 2003, C-475 de 1999, C-479 de 1992, entre otras.

37. Corte Constitucional C-514 de 1994.

38. "ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY:

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados; al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana; al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos [Cfr. Sentencia C-566 de 2000]; al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media; a los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional; a los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional [Derogado por el art. 14, Ley 1033 de 2006]; a los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000 [Derogado por el art. 14, Ley 1033 de 2006];

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades: en las corporaciones autónomas regionales; en las personerías; en la Comisión Nacional del Servicio Civil; en la Comisión Nacional de Televisión [Cfr. Sentencia C-532 de 2006]; en la Auditoría General de la República [Cfr. Sentencia C-315 de 2007]; en la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como: Rama Judicial del Poder Público; Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo; Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales [Cfr. Sentencia C-319 de 2007]; Fiscalía General de la Nación; Entes Universitarios autónomos; Personal regido por la carrera diplomática y consular; El que regula el personal docente [Cfr. Sentencia C-175 de 2006]; El que regula el personal de carrera del Congreso de la República.

Parágrafo 2º. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley [Cfr. Sentencia C-073 de 2006]".

39. Corte Constitucional, Sentencias C-532 de 2006 y C-553 de 2010, entre otras.

40. Corte Constitucional, Sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994, C-746 de 1999, C-1230 de 2005, C-315 de 2007 y C-553 de 2010, entre muchas otras.

41. Como se explica más adelante, en la Sentencia C-1230 de 2005 la Corte declaró exequible el numeral 3º de este artículo, "siempre y cuando se entienda que la administración de los sistemas específicos de carrera administrativa también corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil".

42. Corte Constitucional, Sentencias C-563 de 2000, C-517 de 2002, C-963 de 2003, C-1230 de 2005 y C-753 de 2008, entre otras.

43. LEY 443 DE 1998, por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. "ARTÍCULO 4º. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA. Se entiende por sistemas específicos aquellos que en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general. // Estos son los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. Las normas legales que contienen estos sistemas continuarán vigentes, los demás no exceptuados en la presente ley perderán su vigencia y sus empleados se regularán por lo dispuesto en la presente normativa. // Parágrafo. La administración y la vigilancia de estos sistemas corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual resolverá en un última instancia, sobre los asuntos y reclamaciones que por violación a las normas de carrera deban conocer los organismos previstos en dichos sistemas específicos".

44. Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 1995. En el mismo sentido puede consultarse las Sentencias C-563 de 2000, C-567 de 2002 y C-1262 de 2005. En esta última decisión la Corte declaró inexcusables varios apartes de los artículos 21, 26, 27 y 36 del Decreto Ley 765 de 2005, por establecer reglas de ascenso al interior de la DIAN que implicaban una modalidad de "concurso cerrado", en contravía de los artículos 13 y 125 de la Constitución.

45. El artículo 7º de la Ley 909 de 2004 dispone: "ARTÍCULO 7º. NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. // Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad".

46. Ley 443 de 1998, "por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".

47. "Considera la Corte, por una parte, que si, como ya se dijo, la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquélla, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130".

48. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-616 de 1996.

49. Corte Constitucional, Sentencia C-746 de 1999. La Corte analizó y declaró exequible el párrafo del artículo 4º de la Ley 443 de 1998, que en su momento atribuyó a la CNSC la competencia expresa para administrar y vigilar los sistemas específicos de carrera creados. Replanteó su posición y excluyó de la competencia de la CNSC únicamente los sistemas especiales de origen constitucional.

50. Corte Constitucional, Sentencias C-313 de 2003 y C-734 de 2013.

51. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-1262 de 2005 y C-471 de 2013, entre otras.

52. "ARTÍCULO 4º.- SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1.- Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2.- Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes: El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). [Mediante Decreto Ley 4057 de 2011 se suprimió esta entidad]; el que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec); el que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); el que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología; el que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias; el que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; el que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; el que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos. [Adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012].

3.- La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Parágrafo. Mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de carrera administrativa para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley". (Resaltado fuera de texto)

53. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-1262 de 2005, C-1265 de 2005, C-211 de 2007, C-175 de 2006, C-753 de 2008.

54. Decreto Ley 091 de 2007, "por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración personal".

55. La Corte declaró inexequibles los apartes demandados de los artículos 10, 15, 17, 19, 20, 23, 24 25, 28 31, 56, 58, 59, 60, 61, 65, 66 67, 73, 80, 84, 86 y 87 del Decreto ley 091 de 2007, por violación del artículo 125, 130 y 150-10 de la Carta Política.

56. En varias ocasiones la Corte Constitucional se ha referido a conceptos jurídicos indeterminados; entre otras ver, por ejemplo, las sentencias: C-393 de 2006, C-095 de 2007, C-350 de 2009, C-432 de 2010, C-910 de 2012.

57. Ver al respecto, por ejemplo, Hart, H.L.A. (1961) El concepto del derecho. Abeledo-Perrot (1968).

58. Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

59. Cabanellas, Guillermo (1981) Diccionario enciclopédico de derecho usual. Heliasta. Tomo I. Buenos Aires, 1981. Ver 'administrar'. Pag.172.

60. Cabanellas, Guillermo (1981) Diccionario enciclopédico de derecho usual. Heliasta. Tomo I. Ver 'administración pública', caracterizaciones. Pag.171.

61. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

62. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

63. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2020, proceso de simple nulidad con radicado N° 11001-03-25-000-2018-00605-00 (2577-2018), demandante: Nación – Superintendencia de Notariado y Registro, Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC – En dicha providencia se aclaró que el derecho preferencial de encargo a favor de los empleados de carrera administrativa fue una situación establecida por el legislador previo a la modificación realizada por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019 al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y que se mantuvo con la expedición de la referida Ley 1960 de 2019.

64. Ibidem

65. Comisión Nacional del Servicio Civil Circular N° 20191000000117 de 29 de julio de 2019.

66. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2020, proceso de simple nulidad con radicado N° 11001-03-25-000-2018-00605-00 (2577-2018), demandante: Nación – Superintendencia de Notariado y Registro, Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

67. El texto original de la norma previo a la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019, que se encontraba vigente al momento de expedirse el acto administrativo demandado, señalaba lo siguiente: "ARTÍCULO 24. ENCARGO. 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 las 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.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva."

68. (ordinarios, en período de prueba, en ascenso, en encargo o en provisionalidad)

69. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 12 de abril de 2012, radicado N° 11001-03-25-000-2005-00215-01(9336-05), Demandante: Mercedes Olaya Vargas, Demandado: Gobierno Nacional, CP. Alfonso Vargas Rincón.

70 Sobre el particular, se destaca que el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, modificó el término de duración del encargo en casos de vacancia definitiva, para establecerlo en un tiempo de 3 meses, prorrogable hasta por otros 3, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (Norma vigente a partir del 27 de junio de 2019 y aplicable a los encargos que se produjeren con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

71. Corte Constitucional Sentencia C-1230 de 2005.

72. Ibídem.

73. Ibídem.

74. Corte Constitucional, Sentencia C -145 de 2010

75. Según el criterio de la Corte Constitucional, una interpretación armónica y sistemática, “rescata la unidad lógica-jurídica de la ley y, de manera simultánea, facilita la interpretación teleológica de las normas legales Corte Constitucional, Sentencia C-476 de 2005

Fecha y hora de creación: 2026-01-11 05:05:13