

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: **GUSTAVO APONTE SANTOS**

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00002-00(1936)

Actor: **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

Referencia: **CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS CIVILES NO UNIFORMADOS DEL SECTOR DEFENSA.**

Nombramientos provisionales y prórroga de los mismos.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor Juan Manuel Santos Calderón, formula a la Sala una consulta sobre los nombramientos provisionales de los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa (Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional) y la prórroga de los mismos.

1. ANTECEDENTES

Inicialmente, el Ministro cita la ley 909 de 2004 sobre el empleo público y la carrera administrativa general, para indicar que los incisos quinto y sexto del literal a) del numeral 1º del artículo 3º, que extendían el campo de aplicación de dicha ley a los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa, fueron derogados por el artículo 14 de la ley 1033 de 2006, razón por la cual, en criterio del Ministerio, aquella ley no resulta aplicable en este caso.

Cita igualmente, el artículo 56 del decreto ley 91 de 2007 y luego la sentencia C-753 de 2008 que declaró inexecutable, entre otras normas, el párrafo de tal artículo, según el cual para efectuar nombramientos provisionales en cargos pertenecientes al sistema especial de carrera del Sector Defensa, se requería autorización de la Comisión Administradora de dicha carrera.

Señala el Ministro:

“Ante la declaración de inexecutable de la norma que le confería competencia a un cuerpo colegiado para ‘autorizar la prórroga de un nombramiento en provisionalidad’, no implica que haya perdido vigencia el artículo 56 del Decreto Ley 091 de 2007, de conformidad con el cual el nominador del Sector Defensa podrá nombrar en provisionalidad **con el único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad al candidato, en cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, mientras se surte el proceso de selección por mérito**”.

2. INTERROGANTES

El Ministro presenta los siguientes interrogantes:

“1. Nombramientos provisionales:

¿Es viable jurídicamente que el nominador de los empleos civiles y no uniformados del Sector Defensa, ejerza esta facultad nominadora para los nombramientos provisionales, con el único requisito de procedimiento de haberse realizado el estudio de seguridad, nombramiento que puede recaer sobre una persona o servidor público que no pertenezca al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, en cumplimiento a lo dispuesto en la norma especial contenida en el inciso único del artículo 56 del Decreto Ley 091 de 2007?

¿Con fundamento en la respuesta anterior debe el nominador de los empleos civiles y no uniformados del Sector Defensa para los nombramientos provisionales, como un requisito de procedimiento previo, solicitar autorización para ejercer la facultad nominadora de su competencia?

2. Prórroga de nombramientos provisionales:

¿Las prórrogas de los nombramientos provisionales de los empleados civiles y no uniformados del Sector Defensa, pueden ser realizadas sin que se requiera autorización previa al nominador?

3. CONSIDERACIONES

3.1 La carrera administrativa especial de los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa.

En orden a absolver la presente consulta, conviene precisar primero el régimen jurídico aplicable a los mencionados empleados.

La ley 909 del 23 de septiembre de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establecía que se aplicaba a los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa, según los incisos quinto y sexto del literal a) del numeral 1º del artículo 3º que disponían lo siguiente:

“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) (...)

(...)

- (inciso quinto) A los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional.

- (inciso sexto) A los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

(...)”.

Posteriormente, la ley 1033 del 18 de julio de 2006, “Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al

servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al Sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política” instituye la carrera administrativa **especial** para los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa y, mediante el artículo 14, deroga, entre otras normas, los incisos quinto y sexto del literal a) del numeral 1 del artículo 3º de la ley 909 de 2004.

Su artículo 1º dispone:

“Artículo 1º.- Establézcase un régimen de Carrera Especial para los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-308 del 3 de mayo de 2007, con el argumento fundamental de que, de conformidad con los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, el Legislador se encuentra facultado para crear carreras administrativas especiales, siempre y cuando exista una razón suficiente para ello, consistente en que se justifique la creación de la carrera especial por la naturaleza y las atribuciones de la respectiva entidad y que las normas de la carrera general no le permitan cumplir adecuadamente con sus funciones o interfieran negativamente en la consecución de sus objetivos.

El régimen jurídico de esta carrera administrativa especial se encuentra contemplado en el decreto ley 91 del 17 de enero de 2007, “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”, el cual fue objeto de la sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional.

3.2 La sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-753 del 30 de julio de 2008, declaró inexecutable diversos apartes del decreto ley 91 de 2007, entre otros, todos los que se referían al Ministerio de Defensa Nacional y la Comisión Administradora del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, como las entidades que debían atender, desarrollar, controlar, administrar y vigilar esta carrera especial, con fundamento en que las carreras administrativas especiales **de origen legal** llamadas también “sistemas específicos de carrera”, deben ser administradas y controladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con la interpretación de los artículos 125 y 130 de la Carta, que ha hecho la Corte en las sentencias C-1230 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-211 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

En consecuencia, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la actualidad, la administración y vigilancia de la carrera administrativa especial de los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa.

3.3 Los nombramientos provisionales en la carrera administrativa especial del Sector Defensa.

Conforme se expresó anteriormente, la Corte, en la sentencia C-753 de 2008, declaró inexecutable, entre otras normas, el párrafo¹ del artículo 56 del decreto ley 91 de 2007, que establecía que la Comisión Administradora del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, podía autorizar **la prórroga** de los nombramientos provisionales, mientras se surtía el proceso de selección por mérito para la provisión definitiva de los empleos. Por lo tanto, el texto actual de este artículo es el siguiente:

“PROVISIONALIDAD.

Artículo 56.- Concepto.- Teniendo en cuenta la especialidad de la misión de defensa y seguridad nacional del Sector Defensa, en caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo del Sector Defensa, el nominador o quien éste haya delegado, **con el único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad al candidato**, podrá nombrar en cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, mientras se surte el proceso de selección por mérito. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo”.

De acuerdo con esta norma, el nominador o su delegado puede efectuar el nombramiento provisional en los cargos de carrera especial del Sector Defensa, mientras se realiza el proceso de selección definitiva, con el estudio previo de seguridad del candidato y el cumplimiento de los demás requisitos de ley.

Conforme se advierte en el texto de esta disposición, así como en las demás del decreto ley 91 de 2007, específicas para la carrera especial del Sector Defensa, no se establece que se requiera autorización de alguna autoridad para que el nominador o su delegado proceda a efectuar el nombramiento provisional, el cual debe responder a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución², realizarse por necesidades del servicio, mediante acto motivado, y hacerse con carácter temporal conforme lo exige la norma, con miras a la realización del concurso para la provisión definitiva del empleo.

3.4 Las prórrogas de los nombramientos provisionales.

En relación con **las prórrogas** de los nombramientos provisionales, se observa que al ser declarado inexecutable el párrafo del artículo 56 del decreto ley 91 de 2007, mediante la aludida sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional desapareció de la ley especial la mención a las prórrogas, generándose, **un vacío** en la materia en cuanto se refiere a la carrera especial del Sector Defensa. Así las cosas, se debe acudir a la ley 909 de 2004, regulatoria de la carrera administrativa general, y a sus decretos reglamentarios, para encontrar la normatividad aplicable al respecto.

¹ El párrafo del artículo 56 del decreto ley 91 de 2007 establecía lo siguiente:

“Párrafo.- La Comisión Administradora del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, podrá autorizar la prórroga del nombramiento provisional de que trata el presente artículo, mientras se surte el proceso de selección por mérito para la provisión definitiva del empleo”.

² **Constitución.- “Artículo 209.-** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

(...)”.

En efecto, el numeral 2º del artículo 3º de la ley 909 de 2004 establece que las disposiciones contenidas en esa ley, y se debe entender adicionalmente, en sus decretos reglamentarios, se deben aplicar **con carácter supletorio**, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales, de las cuales hace una enumeración no taxativa, por cuanto la precede de la expresión “tales como”.

Es así como en el evento de las prórrogas de los nombramientos provisionales, se encuentra el párrafo transitorio del artículo 8º del decreto 1227 de 2005, tal como está modificado en la actualidad por el artículo 1º del decreto 4968 del 27 de diciembre de 2007, el cual establece que para prorrogar se requiere la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta norma dispone:

“Decreto 4968 de 2007.- Artículo 1º.- Modifícase el párrafo 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:

"Párrafo 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” (Destaca la Sala).

En consecuencia, para realizar la prórroga de nombramientos provisionales efectuados en cargos pertenecientes a la carrera especial del Sector Defensa, el nominador o su delegado requiere la autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, salvo que se trate de proveer una de las vacancias temporales exceptuadas, de conformidad con la norma transcrita, la cual colma el vacío dejado por la citada sentencia de la Corte Constitucional en este punto.

3.4.1 La situación específica de los nombramientos provisionales existentes al 23 de septiembre de 2004 que continúan vigentes.

La Sala considera necesario referirse a la situación derivada del Acto Legislativo No. 1 de 2008, ya que encuentra que en virtud de su expedición, se genera para los empleados públicos que tenían nombramiento provisional al 23 de septiembre de 2004 y que continúa vigente, **el derecho a la inscripción extraordinaria en la carrera**, de conformidad con los mecanismos que debe implementar la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En efecto, respecto de estos empleados es necesario aplicar el Acto Legislativo No. 1 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”³, expedido el pasado 26 de diciembre, es decir, con posterioridad a la presentación de la consulta, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1º.- Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

‘Parágrafo transitorio.- Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para **inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público** a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva **en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera** siempre y cuando cumplieran las calidades y los requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. **Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro**

³ El artículo 125 de la Constitución dice así:

“Artículo 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.

Parágrafo.- Adicionado por el artículo 6º del Acto Legislativo No. 1 de 2003.- Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”.

del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Mientras se cumpla (sic) este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política⁴ y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política⁵, carrera docente y carrera diplomática consular” (Resalta la Sala).

Este Acto Legislativo, conforme a su artículo 2º, rige desde la promulgación, la cual se realizó el 26 de diciembre de 2008 en el Diario Oficial N. 47.214.

En el primer inciso del citado párrafo transitorio se alude a la publicación de la ley 909 de 2004, la cual se efectuó **el 23 de septiembre de 2004** por medio del Diario Oficial No. 45.680. Esta fecha determina la aplicabilidad del Acto Legislativo para los empleados públicos que tuvieran vigente en ese momento su nombramiento provisional y que continúen desempeñando el cargo a la fecha de la inscripción extraordinaria en carrera.

Como se observa igualmente, el Acto Legislativo es de aplicación, entre otras, a las carreras administrativas **especiales**, como la de los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa, respecto de los cuales la entidad competente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, debe proceder a implementar en los tres (3) años siguientes, los mecanismos necesarios para inscribir a quienes reúnan las condiciones exigidas, en la carrera de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público.

Se concluye entonces, que los empleados amparados por dicho Acto Legislativo, tienen el derecho a ingresar a la carrera administrativa especial cumpliendo los requisitos señalados en el mismo Acto. Es claro, por tanto que si sus nombramientos provisionales se vencen mientras la Comisión Nacional del Servicio Civil establece la metodología para la inscripción extraordinaria, resulta obligatorio para el nominador efectuar las prórrogas correspondientes, con la finalidad de garantizar la continuidad del servicio y el cumplimiento de la norma superior.

LA SALA RESPONDE

⁴ **Constitución.- “Artículo 131.-** (...) El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. (...)”.

⁵ **Constitución.- “Artículo 256.-** Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

1. Administrar la carrera judicial.

2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.

(...)”.

1. Nombramientos provisionales:

a) Sí es viable jurídicamente que el nominador, o su delegado, de los empleados públicos civiles no uniformados del Sector Defensa (Ministerio de Defensa, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional), nombre provisionalmente en cargos del Sistema Especial de Carrera de dicho Sector, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, con el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y habiendo realizado previamente el estudio de seguridad al candidato.

b) No se requiere que el nominador, o su delegado, solicite autorización para ejercer su competencia de efectuar los mencionados nombramientos provisionales.

2. Prórroga de nombramientos provisionales:

El nominador, o su delegado, puede decretar la prórroga de nombramientos provisionales efectuados en cargos pertenecientes a la carrera administrativa especial del Sector Defensa, con la autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En el caso del empleado público que ocupaba un cargo de carrera vacante de forma definitiva en calidad de provisional el 23 de septiembre de 2004 y lo continúa ocupando en la actualidad, es procedente decretar la prórroga del nombramiento provisional cada vez que éste se vence, mientras dicha Comisión implementa los mecanismos necesarios para inscribir al empleado en la carrera administrativa especial del Sector Defensa.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala