



Función Pública

Concepto 145771 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000145771

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000145771

Fecha: 08/07/2016 03:28:52 p.m.

Bogotá, D.C.

REF. Facultad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para convocar a concurso los empleos de las entidades, sin que previamente exista disponibilidad presupuestal y facultad de ejecución coactiva.

En el encuentro del Equipo Transversal de Jefes de Talento Humano, del pasado 15 de junio, se presentaron inquietudes relacionadas con la convocatoria a concurso de los empleos vacantes (provisionales) de las entidades, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, sin que previamente se cuente con la disponibilidad presupuestal para adelantar los procesos de selección, así como respecto a la facultad de la Comisión para ejecutar coactivamente a las entidades por ese valor.

Para efectos de dar respuesta a las inquietudes planteadas, previamente es necesario efectuar un análisis normativo y jurisprudencial, sobre las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante, CNSC en materia de procesos de selección, financiación de los concursos y ejecución, así como las normas presupuestales de las entidades.

Según lo establecido en la ley y en los desarrollos jurisprudenciales alrededor de la carrera administrativa, ésta constituye un principio constitucional general del Estado Social de Derecho, y está fundamentada en los claros principios de la administración, como son, entre otros, el mérito, la igualdad y la estabilidad.

En relación con cada uno estos principios, la Corte Constitucional¹ ha señalado:

- Igualdad: Posibilidad de acceso a los empleos públicos para todos los ciudadanos, “el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad”.

- Mérito: Es el criterio que define la forma de acceso a la función pública, el cual se establece a través de los procesos de selección y es el principio definitorio para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los cargos de carrera.

- Estabilidad: Es la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley sobre su desempeño, no será removido del empleo.

Principios estos que se han cumplido, en la medida en que la situación fiscal del País ha permitido la destinación de recursos para adelantar los procesos de selección. Es así como desde el año 2005 a la fecha han ingresado mediante concursos de mérito públicos y abierto cerca de cien mil servidores, y se encuentran en proceso de selección más de seis mil empleos.

1. Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para adelantar los procesos de selección

En virtud de mandato constitucional, la CNSC es el organismo responsable de administrar y vigilar la carrera administrativa de los servidores públicos². Para este propósito la ley³ le otorgó unas competencias claras en materia de administración de la carrera, tendientes a garantizar el mérito mediante la ejecución de procesos de selección para la provisión de los cargos de carrera. Dentro de las competencias dadas a la CNSC están, entre otras:

- Fijar los lineamientos generales para adelantar los concursos;

- Elaborar las convocatorias,

- Adelantar los concursos; y,

- en general, todos los asuntos atinentes a los procesos de selección para la provisión de los cargos de carrera, siempre dentro del marco que la ley y los reglamentos le establecen.

Así mismo, en relación con la competencia de la CNSC para adelantar los concursos, la ley la faculta para celebrar contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, debidamente acreditadas, y señala que los costos que generen los concursos estarán a cargo de los presupuestos de las entidades interesadas en la provisión de los cargos.⁴

Respecto de las etapas del proceso de selección y, en particular de la convocatoria, se consagra, entre otros aspectos, que es norma reguladora del concurso, que obliga a la Administración, a las entidades contratadas para realizarlo y a los participantes, y que debe estar suscrita por la CNSC y por la entidad u organismo en cuyas plantas se encuentran los empleos a convocar.⁵

Significa, entonces, que por expresa disposición de la ley, la CNSC no puede unilateralmente efectuar la convocatoria de los procesos de selección, toda vez que la misma es el acto administrativo que regula el concurso y que exige, para su validez y obligatoriedad, la firma de dos autoridades.

2. Costo de los procesos de selección

Respecto de los costos que se originen en los procesos de selección, la ley ha dispuesto que serán sufragados en forma conjunta por los participantes en los concursos y por las entidades que requieran proveer los cargos, a las cuales corresponde asumir el valor faltante, cuando el recaudo de lo pagado por los participantes no es suficiente para cubrir los costos totales del proceso de selección. La competencia para efectuar el recaudo de los valores a cargo de los participantes es de la CNSC.⁶

3. Presupuesto de las entidades para sufragar los costos de los procesos de selección

La actuación de los servidores de la Administración Pública está supeditada a la Constitución y a las leyes. La autoridad se limita, expresamente, a lo ordenado por ésta y aquellas. Así mismo, la ley o el reglamento determinan las funciones que todo servidor público se compromete a cumplir en el momento en que asume el cargo. Esta noción está consagrada expresamente en la Carta Política⁷, y constituye el principio de legalidad en las actuaciones de los servidores públicos, el cual no es una concesión al funcionario de turno ni su prerrogativa o su beneficio. Las funciones no pueden ser ejercidas de forma arbitraria e ilimitada, pues su consagración es expresa y de interpretación restrictiva.

Esta interpretación se pone de presente en el siguiente texto de la alta Corporación de control constitucional, en el cual indica:

“Por otra parte, para la Corte no es de recibo el argumento de que el Gobierno puede perfectamente atender una serie de asuntos relacionados con el tema en cuestión, por cuanto la Constitución no prohíbe expresamente dicha actuación. Considera, entonces, esta Corporación oportuno pronunciarse acerca de la denominada “cláusula general de competencia”, la cual establece que el funcionario público únicamente puede hacer aquello que le está expresamente permitido.”

(...)

“Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los funcionarios del Estado tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de autorización legal.” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, la Constitución Política⁸ consagra el Principio de Legalidad del Presupuesto, en los siguientes términos:

“En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de renta, ni hacer erogaciones con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos”.

Sobre el Principio de Legalidad del Presupuesto la jurisprudencia ha expresado que opera en dos instancias, pues tanto los ingresos como los gastos no sólo deben ser decretados previamente, sino que, además, deben ser apropiados en la ley de presupuesto para ser efectivamente ejecutados; igual énfasis se hace en que este principio constituye un fundamento importante de la democracia constitucional, pues corresponde al Congreso, como órgano de representación, decretar y autorizar los gastos de las entidades que conforman el Presupuesto General de la Nación, para una vigencia fiscal determinada.

Así mismo, respecto del principio de legalidad del gasto público, la Corte Constitucional⁹ señala:

“5.1. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad del gasto “[...] no es otra cosa que la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública en general”. [45] Se busca concretamente, claridad y orden en materia del gasto, a través del control democrático. La decisión sobre el gasto en un estado social de derecho es compleja y no depende de un solo momento, una sola autoridad o una sola decisión. No obstante, el principio de legalidad del gasto exige que todo gasto cuente con un sustento democrático. El Congreso, foro de representación democrática plural por excelencia, debe participar en el manejo del gasto; no puede darse éste sin contar, entre otros requisitos, con la aprobación de aquel.

(...)

5.4. Buena parte de las decisiones en que la Corte Constitucional se ha ocupado del principio de legalidad del gasto, versan sobre la distinción entre la ‘autorización’ de un gasto y la orden imperativa del mismo. [48] En tales casos, usualmente suscitados por una objeción presidencial, se ha insistido en que la determinación del gasto es un proceso que no ocurre en un solo acto y que supone la actuación e interacción de las dos

ramas del poder público. Por tanto, una mera autorización por parte del Congreso, sin que la misma sea incluida y dispuesta por el Ejecutivo como una partida del presupuesto, no implica una orden imperativa de gasto en el orden constitucional vigente. El principio de la legalidad del gasto también se ha empleado para aplicar la prohibición de establecer en la ley donaciones, auxilios, subsidios o incentivos, por mera liberalidad,[49] o para establecer límites a las normas que de este tipo se incluyan en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.[50]" (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 346 de la Constitución Política, modificado por el art. 3, del Acto Legislativo 003 de 2011 establece:

"El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo. (...)"

Así mismo, el Decreto 111 de 1996, "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto", en su artículo 71 establece:

"ARTÍCULO 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49).

En igual sentido, la Ley 1769 de 2015, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2016, establece en el artículo 15:

"Prohíbese tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma." (Subrayado fuera de texto)

De las normas presupuestales anteriormente citadas, se desprende que, en virtud de los principios de legalidad del presupuesto y del gasto

público, las entidades y la CNSC no pueden ordenar gastos que no estén previamente incluidos en la ley de presupuesto para la respectiva anualidad. En caso de ordenarse un gasto que no esté amparado en el certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente, el ordenador puede incurrir en responsabilidades de carácter penal, fiscal y disciplinario.

Esta interpretación en nada se desvirtúa con lo señalado en la Sentencia C-747 de 2011, que declaró inexecutable el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 1420 de 2010, "Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2011" el cual señalaba:

"Cuando se trate de concursos o procesos de selección para proveer empleos de carrera administrativa, a través de la oferta pública de empleos; antes de adelantar el trámite administrativo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, además de cumplir con lo previsto en el inciso anterior, el órgano correspondiente deberá obtener viabilidad presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

En dicha sentencia, si bien la Corte puso de presente que no resultaba acorde al texto superior establecer un requisito adicional en materia de viabilidad presupuestal por parte de la Dirección General de Presupuesto, la exigencia en cualquier circunstancia del certificado de disponibilidad presupuestal originado en la entidad pública que posee en la planta de personal los cargos a proveer, es presupuesto indispensable e insalvable en esta materia, es así como la Corte señaló:

"Así las cosas, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1420 de 2010, no puede afectar a la Comisión Nacional del Servicio Civil en sus funciones, fijado que lo que informa la posibilidad de convocar a concurso de mérito no es propiamente el certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección Nacional de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sino el certificado de disponibilidad presupuestal originado en la entidad pública que posee en la planta de personal los cargos a proveer, ello conforme lo dispone el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, certificado último constituido como garantía de una apropiación destinada a cubrir los costos que genera el concurso público, sobre la base de que para cada vigencia presupuestal se cuenta con los recursos de personal apropiados; de lo contrario, se torna improcedente su expedición y por esa misma razón la realización del mismo, manejo presupuestal que, por ser ajeno en sentido estricto a las funciones y los trámites que adelanta la Comisión, no aparece limitaciones en su autonomía y competencia, ni constituye desconocimiento del principio del mérito que ella aplica."

No obstante, aparece claro que el establecimiento del certificado de vigencia presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adicional al certificado de disponibilidad presupuestal emanado del órgano o la entidad interesada en adelantar concurso ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, que garantiza financieramente los propósitos del sistema de carrera, constituye un obstáculo innecesario y contradictorio frente a lo previsto en el inciso 1° del artículo 14 mencionado, que, paralelamente, tampoco se aviene al derecho ciudadano de acceso a los cargos públicos, previsto en el artículo 40 superior, como expresión viva de la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político."

Agregar una exigencia más a aquella de la certificación de disponibilidad presupuestal que regula el control del gasto de la entidad, conforme a las normas de presupuesto, siendo que con ésta se satisface y viabiliza la convocatoria a concurso, entorpece el cumplimiento del mandato contenido en el referido inciso 1° y de las funciones públicas en cabeza del ente generador de los cargos a proveer, afectación que, de paso, conlleva una restricción más allá de lo razonable al acceso del ciudadano a la función pública y al cumplimiento de ésta, en la medida que no tendría lugar tal restricción únicamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, de ser procedente, al abrirse espacio el trámite a concurso y, consecuentemente, la potencial participación ciudadana, previo cumplimiento de los requisitos del empleo a cubrir."

De otra parte, la viabilidad presupuestal exigida traslapa las competencias del órgano o entidad con vocación de llevar a trámite un concurso público, en tanto supone de parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la asunción de función que ya aparece satisfecha, para los fines del sistema de carrera administrativa, a través del certificado de disponibilidad presupuestal, expedido con base en las normas presupuestales que regulan los ingresos y gastos, circunstancia adversa que comporta, además, una trasgresión respecto de aquellos entes públicos que gozan de autonomía jurídica, administrativa y financiera".

De acuerdo con lo expresado en esta sentencia, la CNSC tiene la competencia constitucional y legal para adelantar los procesos de selección para proveer los cargos de carrera administrativa de las entidades del Estado que se rigen por la Ley 909 de 2004, pero "sobre la base de que para cada vigencia presupuestal se cuenta con los recursos de personal apropiados".

En este orden de ideas, no se considera procedente que la CNSC convoque a concurso los empleos en forma unilateral, sin la suscripción de la convocatoria por parte de la entidad involucrada, y sin tener en cuenta las apropiaciones presupuestales respectivas y el certificado de disponibilidad para ordenar el gasto y el registro presupuestal correspondiente, ya que esta actuación violaría el principio de legalidad del presupuesto y constituiría un hecho cumplido originado en la decisión de un tercero, cuyo pago está prohibido expresamente en la ley. Sería, por lo tanto, una obligación que no podría ser exigible a la entidad, de conformidad con la ley.

Si bien las entidades están en la obligación de sufragar los costos de los procesos de selección, en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 1033 de 2006, arriba citada, esta obligación debe generarse como consecuencia de procesos de selección convocados por la CNSC, en los términos de la Ley 909 de 2004, es decir, con una convocatoria suscrita por la ella y el jefe de la entidad respectiva y siempre y cuando se cuente con los recursos apropiados, para la vigencia fiscal correspondiente.

4. Facultad de ejecución coactiva de la CNSC

La Jurisdicción Coactiva, en términos de la jurisprudencia, ha sido definida “como un “privilegio exorbitante” de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales.¹⁰

Es así como el procedimiento de cobro coactivo¹¹ señala que las entidades deben recaudar las obligaciones creadas a su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo, de conformidad con la ley.

Siendo la finalidad de la jurisdicción coactiva recaudar en forma rápida las deudas a favor de las entidades públicas, en orden a lograr el eficaz cumplimiento de los cometidos estatales, lo cual comporta de suyo una potestad de “imperium” frente a los administrados que no ostentan dicha potestad, no resulta claro cómo una entidad pública pueda a través de un acto administrativo imponer a otra institución del Estado, por vía del cobro coactivo, el pago de una obligación que la última no ha reconocido como propia, ni proviene de ella, es decir, que no goza del privilegio de título ejecutivo.

La Administración tiene privilegios que constituyen medios idóneos para el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado, prerrogativas que se constituyen en la medida en que solo a ella se otorga la posibilidad de modificar, crear, extinguir o alterar situaciones jurídicas, en forma unilateral, con o sin el consentimiento de los administrados, incluso contra su voluntad, pero esta facultad ciertamente resulta impropia cuando se ejerce respecto de otros órganos públicos que gozan de los mismos privilegios, lo cual se enfatiza en un Estado unitario como el nuestro.

Finalmente, se considera necesario precisar que, ante la actual situación fiscal, la Función Pública ha estado trabajando con la CNSC para explorar fórmulas que reduzcan tanto los tiempos, como el costo de los concursos y para dar aplicación a lo señalado en el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015, el cual señala: *Los costos asociados a los concursos o procesos de selección deberán ser determinados a través de Acuerdos Marco de Precios establecidos, diseñados y adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.*

CONCLUSIONES:

-

Con base en lo expuesto, en criterio de esta Dirección, es necesario concluir:

-

1. La ejecución de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de las entidades públicas es de competencia de la CNSC, la convocatoria, en todo caso, debe ser suscrita por la ella y por la respectiva entidad.

2. Previamente a la suscripción de la convocatoria, la entidad debe tener, en su presupuesto, debidamente apropiados los recursos para sufragar los gastos que conlleva el proceso de selección a su cargo.

3. La CNSC, carece de competencia para convocar a concurso los empleos de manera unilateral y sin que la entidad responsable cuente con la apropiación presupuestal para ello. De lo contrario se vulneran las normas constitucionales y legales que regulan la legalidad del presupuesto y del gasto público.

4. Las convocatorias a concurso deben obedecer a una planeación no sólo de la CNSC, sino también de las entidades, para que previamente se apropien los recursos correspondientes. La facultad de ejecución coactiva por parte de la CNSC, debe ejercerse de conformidad con la normativa vigente, sin que sea posible crear a cargo de las entidades obligaciones para cuyo cumplimiento no exista la debida apropiación presupuestal, así estén consagradas en la Constitución como obligaciones a cargo del Estado, por cuanto no conllevan, por sí mismas, una orden imperativa de gasto.

El anterior concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente.

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Sentencia C-288/14

² Art. 130 C.P.

³ Ley 909/04

⁴ Art. 30 Ley 909/04

⁵ Art. 31, Nral 1 Ley 909/04

⁶ Art. 9 Ley 1033/06

⁷ C.P. Arts. 6, 121, 122 y 123

⁸ Art. 345

⁹ Sentencia C-006/12

¹⁰ Sentencia C-666/00

¹¹ Ley 1437/2011, Art. 98 y ss.

Copia. Dra. Cristina Pardo, Secretaria Jurídica - Presidencia de La República

Dr. Fernando Jiménez, Director de Presupuesto - Ministerio de Hacienda

Dr. José Elías Acosta - Presidente de la CNSC

Dra. Blanca Clemencia Romero - Comisionada de la CNSC.

Dr. Pedro Rodríguez Toba - Comisionado de la CNSC.

Fecha y hora de creación: 2024-11-21 23:58:32