



Función Pública

Concepto 082671 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000082671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000082671

Fecha: 18/02/2022 02:22:27 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que en vigencia de la Ley de garantías se nombre en periodo de prueba a un servidor que está vinculado en provisionalidad en la misma entidad, pero teniendo en cuenta que previamente se debe declarar insubsistente a la empleada en provisionalidad que ejerce dicho empleo? Radicado 20222060055342 del 28 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre el posible impedimento para que en vigencia de la Ley de garantías se nombre en periodo de prueba a un servidor que está vinculado en provisionalidad en la misma entidad, pero teniendo en cuenta que previamente se debe declarar insubsistente a la empleada en provisionalidad que ejerce dicho empleo, me permito informarle lo siguiente:

Frente a la prohibición de modificar la nómina estatal para las entidades territoriales, en vigencia de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005¹, el Artículo 38 consagra:

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

Parágrafo. (...)

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

De acuerdo con lo señalado, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel territorial, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección de cargos de elección popular.

Por lo tanto, durante dicho término:

- No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del Artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

"... Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

(...)

Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental

o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con la sentencia citada, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia definitiva por renuncia, muerte o licencia, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en periodo de prueba o a través de encargo.

De otra parte, es importante citar la circular conjunta 100-006 de 2021² del director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del director del Departamento Administrativo de la Función Pública, en la cual se señaló frente al alcance de las restricciones de la Ley lo siguiente:

"En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo, indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, como los nombramientos que deban hacerse en periodo de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta. Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

(...)

¿En ley de garantías se puede nombrar un empleado en provisionalidad para proveer un cargo vacante?

En vigencia de la restricción no es posible proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales.

(...)

¿Resulta factible realizar traslados en vigencia de la ley de garantías?

En vigencia de la Ley de Garantías es factible realizar traslados para proveer las vacantes definitivas para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Lo anterior, debido a que este movimiento de personal no genera la modificación de la nómina correspondiente.

(...).

De acuerdo con lo señalado, nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿Resulta viable desvincular a la funcionaria Paola Ferrer del cargo de profesional universitario código 219, grado, 02, área de Planta, dando por terminado un nombramiento en provisionalidad, por ser sometido, el cargo a concurso de mérito y no encontrarse en la lista elegible de la OPEC y declarar en vacancia definitiva el cargo?

De acuerdo con las restricciones de la Ley 996 de 2005, no se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

2. ¿Resulta viable aceptar renuncia al señor Armando Robles Noguera, del cargo Profesional Universitario, Código 219, grado 03, Área

administrativa y financiera, y nombrar en periodo de prueba de seis meses al señor armando robles noguera, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 02, área de planta y declarar en vacancia definitiva el cargo de Profesional Universitario Código 219, grado 03, área administrativa y financiera?

No existe impedimento para que se acepte la renuncia libre y voluntaria de un servidor público vinculado mediante nombramiento provisional; del mismo modo, se encuentra como una excepción a las restricciones de la ley de garantías, los nombramientos que se realicen en cumplimiento de las normas de carrera administrativa, de manera que, si el empleo para el cual concursó el interesado, se encuentra vacante, se podrá realizar su provisión.

3. ¿Resulta viable Trasladar, al funcionario Lincoln Badran Herrera, del cargo de profesional universitario código 219, grado 03, área de planeación educativa, al cargo de profesional universitario código 219, grado 03, área administrativa y financiera?

Teniendo en cuenta que las restricciones de la Ley de garantías hacen alusión a la modificación de la nómina y el retiro y la provisión de empleos, salvo las excepciones ya citadas; en vigencia de la Ley de Garantías es factible realizar traslados para proveer las vacantes definitivas para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Lo anterior, debido a que este movimiento de personal no genera la modificación de la nómina correspondiente.

4. ¿En el caso que no se pueda utilizar la figura de traslado, puedo nombrar en provisionalidad al señor Lincoln Badran, en el cargo de profesional universitario área administrativa y financiera, previa aceptación de renuncia del cargo de profesional universitario, área de planeación educativa?

Resulta viable utilizar la figura del traslado.

5. ¿En el caso de no poder ser utilizada la figura de traslado ni de nombramiento en provisionalidad, que figura se puede usar si por necesidad de servicio debe proveerse el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 03, administrativa y financiera?

De acuerdo con lo señalado, en vigencia de las restricciones de la ley de garantías no es posible proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹“Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el Artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”.

²<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-006%20DE%202021.pdf>

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:27