



Concepto 442021 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000442021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000442021

Fecha: 13/12/2021 09:05:56 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO. Provisión. Ley de garantías. Radicado No. 20219000715862 de fecha 24 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta la procedencia de proveer vacante definitiva en provisionalidad a partir del cuatro de enero del año 2022 para el empleo inspector de policía, teniendo en cuenta la ley de garantías y las restricciones de contrataciones, me permito manifestar lo siguiente:

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es oportuno señalar que la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, dispuso en los artículos 32 y 38, señala lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado – Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, en concepto de doce (12) de diciembre de dos mil trece (2013), dispuso en relación con la modificación de las nóminas estatales en vigencia de la Ley de Garantías:

“El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”.

Resulta importe precisar que, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, 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 concreto, explicó la Corte que no está prohibida la provisión de cargos en los casos de vacancia por renuncia, licencia o muerte, 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.” (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C- 1153/05 del 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo:

“De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

(...)

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.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la Sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, 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.

Por otro lado en cuanto a la vacancia definitiva de los empleos el Decreto 1083 de 2015 señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.” (negrillas fuera del texto)

ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

(...)

De conformidad con la norma citada, al producirse renuncia debidamente aceptada de un empleado público esta genera vacancia definitiva en el empleo, para lo cual, la entidad deberá verificar el cumplimiento de alguno de los órdenes para la provisión definitiva del mismo. De no cumplir con ninguno de los supuestos, se procederá a verificar el cumplimiento de los requisitos de los empleados de carrera administrativa de la planta de personal para ser encargados.

En cuanto al encargo, la Ley 909 de 2004 establece:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por el Artículo 1 de la Ley 1960 de 2019. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos 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 es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

(...)” (subrayas fuera del texto)

Por otra parte, mediante Circular Conjunta No. 0117 del 29 de julio de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo, trazaron las directrices para la aplicación del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, la cual está disponible y puede consultar en la Página Web - Gestor Normativo de esta entidad, en la que se indica el procedimiento para la provisión transitoria de los empleos de carrera vacantes en forma definitiva o temporal, y en la que se expresa:

“Conforme lo dispuesto en el Artículo primero de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones ", modificadorio del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, la CNSC y el DAFP, en uso de las funciones conferidas en los Artículos 11, 12 y 14 la Ley 909 de 2004, proceden a emitir los siguientes lineamientos:

1. Derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera administrativa del Sistema General, Sistemas Específicos o Especiales de origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.

Los servidores de carrera tienen el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, siempre que acrediten los requisitos definidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019."

En este punto, cabe precisar que los incisos primero, segundo y tercero del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, prevén una única regla, la cual determina que el encargo es el mecanismo de provisión preferente para cubrir de forma transitoria los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, Art. 25 Ley 909 2004, con servidores de carrera administrativa.

Titulares del derecho de encargo: el encargo deberá recaer en el servidor de carrera administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior, siempre que cumpla con los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

En tal orden, el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004; en ausencia de servidor 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 provisional.

Por lo anterior, se puede concluir que no está prohibida la provisión de cargos en vacancia definitiva por renuncia, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública. Por otro lado, mientras se surte el respectivo concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas, le corresponderá a la entidad verificar en primer lugar que no se encuentre ante uno de los supuestos para la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, de no cumplirse con ninguno se procederá a verificar en la

planta de personal si hay empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para ser encargados, de no encontrar ningún empleado dentro de la planta que cumpla con los requisitos será procedente realizar un nombramiento en provisionalidad.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Lucianny G

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:54:59