



Concepto 135071 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000135071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000135071

Fecha: 04/04/2022 12:55:31 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEOS. Provisión. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Derecho preferencial para empleados de carrera administrativa. Ley de Garantías. Radicado: 20229000091252 del 18 de febrero de 2022.

De acuerdo a la comunicación de referencia, en la cual eleva varios interrogantes, me permito contestar en el mismo orden con lo siguiente:

A su interrogante, “1) ¿La normatividad vigente tiene establecido términos de tiempo para proveer cargos de carrera administrativa cuando se genera su vacancia temporal o definitiva?

En primer lugar, el artículo 125 constitucional, dispuso lo siguiente:

“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. (...). (Subrayado fuera del texto)

La Ley 909 de 2004¹, por su parte, expresa:

“ARTÍCULO 23. Clases de Nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”. (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con la normativa que se ha dejado indicada, se tiene entonces que la Constitución Política dispone que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos selección de mérito, considerado como un instrumento óptimo para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios del Estado Social de Derecho, en

especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución Política.

En estos términos, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones adoptado por las respectivas entidades u organismos, pueden ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del período de prueba.

Ahora bien, el Decreto [1083](#) de 2015² sobre el tema, dispone lo siguiente:

“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.

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. (...)

Las vacantes temporales en empleos de carrera podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera. (...)

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales se efectuarán por el tiempo que dure la misma.
(Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, puede concluirse que los empleados de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arrojó el concurso respectivo; mientras se surte este proceso, el empleo vacante de carrera definitivo deberá proveerse transitoriamente a través de las figuras de encargo, o si una vez revisada la planta personal ningún funcionario cumple con los requisitos para ser encargado en el empleo vacante, de manera excepcional podrá acudir en la entidad al nombramiento provisional.

En ese sentido, se precisa que, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto [1083](#) de 2015, el encargo en empleos de carrera administrativa vacantes definitivas será procedente siempre que se cumplan con los requisitos para ejercer el empleo mediante esta figura.

Entretanto, en relación a la provisión de empleos vacantes temporales mediante encargo, el artículo 2.2.5.3.3 del citado decreto, dispone que se efectuarán por el tiempo que dure la misma.

Aclarado lo anterior, En la materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Circular [0117](#) de 2019, en la cual se impartieron algunos lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley [1960](#) de 2019³, que para el caso en concreto dispuso lo siguiente frente al informe de las vacancias definitivas y encargos que deben realizar las entidades, a saber:

“(…) 5. Obligatoriedad de las entidades de informar previamente a su provisión mediante encargo o nombramiento provisional a la CNSC las vacantes definitivas en empleos de carrera que conformarán la oferta pública - OPEC -

El párrafo segundo del artículo 1° de la Ley [1960](#) de 2019, establece que: "Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien éste haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique" (marcación intencional).

Las entidades a través de la aplicación "SIMO" que administra la Comisión Nacional del Servicio Civil, y en los términos definidos en el instructivo, el cual hace parte integral de la presente Circular, registrarán de forma previa a la provisión mediante encargo o nombramiento provisional, la información correspondiente a los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva que conforman la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC -.

El registro de la "OPEC" corresponde al reporte en la aplicación "SIMO", de la totalidad de las características del empleo de carrera administrativa vacante de forma definitiva, como son: denominación, código, grado, salario, ubicación geográfica (de ser necesario), propósito, funciones, requisitos y número de vacantes, información que debe ser incorporada en su totalidad, y sin excepción, por el responsable definido por la entidad al momento de efectuar el reporte.

Adicionalmente, cuando la entidad haya culminado el proceso de provisión transitoria del empleo de carrera administrativa vacante de forma definitiva, en un término de cinco (5) días contados a partir de su provisión, incorporará en la aplicación "SIMO" la información del servidor público encargado o nombrado en provisionalidad". (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, la situación administrativa de encargo se encuentra contemplada como una forma de proveer empleos de carrera administrativa vacantes temporales o definitivos; en el primer caso, por el tiempo que dure la vacancia y el segundo, hasta tanto sea provisto mediante concurso público de méritos. En caso de que una vez revisada la planta de personal se verifica que no se encuentra un empleado que cumpla con los requisitos para el otorgamiento de esta figura, excepcionalmente podrá acudir a la figura de encargo.

Sea un nombramiento en encargo o provisional, para los empleos vacantes definitivos, esta Circular referenciada indica que las entidades deberán informar la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil, registrando para tal fin en el aplicativo SIMO administrado por esta entidad, la información correspondiente a los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva que conforma la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC-. Una vez registrado, la entidad dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la provisión transitoria, incorporará en la aplicación SIMO la información del servidor público encargado o nombrado en provisionalidad.

Por lo tanto, y para dar respuesta a su interrogante, si bien la norma no dispone un término para proveer empleos de carrera administrativa vacantes definitivos o temporales, si condiciona que previo a la provisión mediante encargo o nombramiento provisional se reporte la información del empleo y del servidor al cual se le otorgó una u otra figura.

Para sus cuestionamientos, 2) ¿Cuál es el procedimiento para proveer un cargo de carrera administrativa en vacancia definitiva con lista de elegibles vigente para dicho cargo? Indicar si existe un manual o guía al respecto que apoye al ente nominador al respecto y sirva de sustento en la Comisión de Personal y 3) ¿Cuál es el procedimiento para proveer un cargo de carrera administrativa en vacancia definitiva que no posee lista de elegibles vigente para dicho cargo o se encuentra desierta, pero existen otras listas de elegibles vigentes en la misma entidad y que podría darse el caso de lista equivalente para dicho cargo?, se concluye:

Como se indicó anteriormente, el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, dispuso que la provisión de vacantes definitivas se proveerá de forma general en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que superaron concurso de méritos; y sobre las listas de elegibles, la Ley 909 de 2004, dispuso:

“ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (...)

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, la Ley 1960 de 2019⁴, que modificó la Ley 909 de 2004, consagra:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las

vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

“ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.” (Subrayado fuera del texto original)

A su vez, en criterio unificado denominado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil concluyó lo siguiente, a saber:

“ (...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a “los mismos empleos”, entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.” (Subrayado fuera del texto)

Interpretando la normativa transcrita, en primera medida puede colegirse en sujeción a lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles deberá ser elaborada en estricto orden de mérito, la cual será aplicada para proveer en los mismos términos los empleos vacantes que fueron convocados a proceso de selección por méritos.

En segundo lugar, a partir de la modificación dispuesta en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2009, la respectiva lista de elegibles como resultado del concurso de méritos, será aplicable en estricto orden para proveer los empleos vacantes para los cuales se efectuó el concurso de méritos, así como también para proveer las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.

Frente a esto último, entendiendo “los mismos empleos” a aquellos con igual denominación; código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en la respectiva convocatoria se identifica el empleo con el número que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC–.

En consecuencia, a partir de la expedición de la norma; es decir del 27 de junio de 2019, una vez cumplidas las etapas del concurso, la CNSC o la entidad delegada para el efecto, debe elaborar una lista de elegibles en estricto orden de méritos, con la que se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Es decir, que la lista de elegibles podrá ser utilizada para cubrir las vacantes del respectivo concurso y además podrá ser utilizada para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes que no hayan sido convocados y que surjan después de efectuada la convocatoria o concurso en la respectiva entidad u organismo.

Efectuada la anterior aclaración, y abordando su interrogante, la modificación que trata la Ley 1960 de 2019, sobre el uso de la lista elegibles para proveer empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva, es para aquellos empleos equivalentes no convocados que surgieron con posterioridad a la realización del concurso de méritos respectivo, en tal sentido, aquel empleo de carrera administrativa que se encontró en vacancia definitiva con posterioridad a la convocatoria de concurso público de méritos le será aplicable dicha disposición siempre que el proceso de selección se haya efectuado en vigencia de la Ley 1960 de 2019.

En cuanto a la guía o manual referentes al uso de lista de elegibles vigentes, el siguiente enlace⁵ puede ayudarle a aclarar los cuestionamientos al respecto.

En cuanto a su interrogante: 4) ¿Puede o debe la entidad nominadora proveer un cargo de carrera administrativa que fue convocado a concurso de méritos y que tiene lista de elegibles en firme y vigente, con un Provisional que demandó y se le profirió orden judicial de reintegro a su favor y cuyo funcionario se encontraba en provisionalidad en el mismo cargo convocado con lista de elegibles? ¿Qué debe hacer la entidad respecto del concursante que ocupa el primer lugar de la lista de elegibles en firme en este caso?

Es importante mencionar que, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre asuntos internos de las entidades, ni para declarar o derechos o deberes de los servidores públicos, sin embargo, esta Dirección de forma general se pronunciará teniendo en cuenta que no se evidencia la situación que invocó el empleado nombrado en provisionalidad para su reintegro.

En tal sentido, con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015⁶, dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Al respecto, la Corte Constitucional⁷ mediante pronunciamiento consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado, a saber:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”. (Negrita y subrayado fuera de texto).

De conformidad con las normas y el criterio expuestos por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que, entre otras, está por la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Frente al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en alguna situación de especial protección; como consecuencia de la provisión de cargos mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional⁸ sobre estabilidad laboral intermedia de funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, consideró:

“(…) 6. La estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. 6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica[80].

En la sentencia T-186 de 2013[81] se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

(...)

“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección

constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (Negrilla fuera de texto).

(...) 6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado[84].

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente[85], y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

(...)

El carácter de prepensionada de la actora no surge del Decreto 3905 de 2009[119], toda vez que si bien (i) el cargo que ocupaba en provisionalidad correspondía a un empleo vacante en forma definitiva perteneciente al sistema de carrera general y (ii) era desempeñado por la señora Ana Isabel desde el primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), (iii) a la fecha de la expedición de la norma le faltaban más tres (3) años para causar su derecho a la pensión de jubilación. No, por ello, puede negarse su condición de prepensionada, pues como bien se explicó en el fundamento 4 de esta sentencia, la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la puesta en marcha de herramientas jurídicas que lleven al retiro del empleo del funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, entre ellas el concurso público de méritos (ver acápite 6) en donde deben aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

(...)

8.7. Dadas las circunstancias expuestas en el presente caso, y teniendo en cuenta la condición de prepensionada y madre cabeza de familia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, toda vez que si requería ocupar el cargo con la persona a quien correspondía en la lista de elegibles, debió respetar la situación de la actora, cuya condición de prepensionada le otorgaba el derecho a no ser despedida hasta que reuniera los requisitos para jubilarse y, por ello, designarla en provisionalidad en un cargo vacante igual o similar al que venía desempeñando y que no hubiera sido ofertado en un concurso público de méritos, hasta tanto fuera incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones. (...) “

Si bien la sentencia referenciada obedece al caso de un empleado en calidad de prepensionado, de forma general puede interpretarse que, las entidades deberán velar por no lesionar los derechos de los empleados, teniendo en cuenta que se encuentran protegidos constitucionalmente, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.⁹

Ahora bien, acudiendo a su interrogante, es preciso señalar que la norma dispone que los empleados provisionales podrán ser retiros del servicio siempre que operen algunas de las causales que, entre otras, por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso del empleo que goza en provisionalidad. Sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones internas de cada entidad, ni para declarar derechos individuales

ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a jueces o a los órganos de control y vigilancia.

Para su pregunta: 5) ¿Para el caso donde exista una orden de reintegro de un funcionario que se encontraba en provisionalidad y se presenta en la misma entidad la existencia de un cargo (diferente al que ostentaba antes de la declaratoria de insubsistencia) con una vacancia definitiva que pudiese ser utilizada como cargo equivalente para el reintegro, pero este cuenta con lista de elegibles vigente, qué parte (Orden judicial de reintegro o Uso de lista de elegibles) tiene prioridad para proveer dicha vacante definitiva?

Frente a este interrogante se reitera lo contestado anteriormente, teniendo en cuenta las facultades otorgadas a este Departamento Administrativo en el Decreto 430 de 2016.

6) ¿Si se genera una vacancia definitiva en un cargo de carrera administrativa que cuenta con lista de elegibles vigente, este puede ser provisto mediante Encargo por funcionario con derechos de carrera administrativa mientras se procede a la solicitud, nombramiento y posesión mediante el uso de lista de elegibles?

Sobre el particular, primero debe tenerse en cuenta que, la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

(...)

4. Listas de elegibles. <Ver Notas del Editor> Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. (...)” (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, la Ley 1960 de 2019 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, consagra:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

2 (...)

3 (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”

“ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

De acuerdo con lo anterior, se indica que la lista de elegibles únicamente se puede utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito. Esta disposición aplica a los concursos de mérito iniciados bajo su vigencia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del citado artículo.

Con la modificación que el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 le introduce al numeral 4 de la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles resultado de un concurso de mérito, se podrá utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, siempre y cuando la Convocatoria se inicie en vigencia de la Ley 1960 de 2019.

Ahora bien, la Ley 1960 de 2019 tiene vigencia y es aplicable a partir de su publicación, es decir, a partir del 27 de junio de 2019, fecha en que fue publicada.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, en caso de que exista lista de elegibles no será procedente la provisión del empleo mediante encargo. En tal caso, la Entidad deberá utilizar la lista en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, según lo establecido en el numeral 4º del art. 31 Ley 909 de 2004, antes mencionado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma es clara al disponer que los empleos de carrera administrativa vacantes definitivos podrán proveerse mientras se surte el proceso de selección correspondiente mediante el otorgamiento de la figura de encargo a empleados que ostentan derechos de carrera administrativa, siempre que cumplan con los requisitos para su otorgamiento, la Ley 909 de 2004 modificado por la Ley 1960 de 2019, dispuso frente a esto lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. 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.

(...)

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Bajo lo expuesto anteriormente, mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera que acrediten los requisitos para su ejercicio poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido disciplinariamente sancionados en el último año y su evaluación del desempeño del último año fue calificada en sobresaliente, podrán ser encargados en empleos con vacancias definitivas y temporales.

En ese entendido, y para dar respuesta a su interrogante, como quiera que en este caso ya se surtió un proceso de selección y existe una lista de elegibles vigente, en criterio de esta Dirección Jurídica no es procedente proveer el empleo vacante mediante la figura de encargo; el empleador deberá en tal caso acudir a la lista en el estricto orden de mérito para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que incluso se generen con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

Para su interrogante: 7) ¿Durante el periodo del 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, periodo en el cual se encuentra vigente la Ley de Garantías (Ley 996 de 2005), pueden ser provistos mediante la modalidad de ENCARGO, funcionarios con derechos de carrera administrativa en cargos de carrera administrativa que entraron en VACANCIA TEMPORAL ante la situación administrativa de que los funcionarios que los ocupan en propiedad y que se encuentran inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa, fueron nombrados en Periodo de Prueba en otra entidad pública donde ganaron el Concurso de Méritos, razón por la cual

solicitaron dicha vacancia en el marco del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015?

En relación a la procedibilidad de que una entidad realice encargos en un empleo vacante temporal en vigencia de la Ley de Garantías, es preciso abordar lo dispuesto en la Ley 996 de 2005¹⁰, a saber:

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...)

Parágrafo. Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.

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 inciso 4° fuera del texto)

Frente a la constitucionalidad del inciso 4° del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia¹¹ consideró lo siguiente:

“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 parágrafo, 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.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.

Por tanto, el inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 será declarado exequible.” (Subrayado fuera del texto original)

De las consideraciones anteriormente citadas, puede interpretarse entonces que la prohibición de modificar la nómina durante los cuatro meses anteriores a las elecciones de cargos de elección popular en las entidades territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de entidades descentralizadas de cualquiera de los órdenes, obedece a la garantía de que no se utilice como medio para campaña electoral y promueva la transparencia del actuar administrativo.

Sin embargo, la norma dispone una excepción a esta prohibición en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa y la eficacia

de la administración; autorizando la vinculación en la nómina de las entidades territoriales dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de cargos de elección popular. Para la Corte, en el caso que se requiera dentro de la administración proveer un cargo por necesidades del servicio, no se trata de un cargo creado dentro de este periodo de campaña, sino deviene de una necesidad permanente de la administración.

En ese sentido, esta excepción en relación a la aplicación de las normas de carrera administrativa podría interpretarse que el empleo vacante temporal se surtirá mediante la figura de encargo, con personal de carrera, siempre que cumplan como ya se mencionó anteriormente, con los presupuestos de acreditar los requisitos para su ejercicio, cuentan con las aptitudes y habilidades para desempeñarlo, no han sido sancionados disciplinariamente, su última calificación fue en sobresaliente, y desempeña el empleo inmediatamente inferior en la planta de personal.

Así entonces, y para dar respuesta a su segundo interrogante sobre la procedibilidad de encargar en un empleo vacante temporal estando en vigencia la Ley de garantías, en criterio de esta Dirección Jurídica se podrán proveer las vacantes temporales motivadas porque el titular se encuentra en periodo de prueba, por aplicación a las normas de carrera administrativa como es el encargo, por expresa habilitación legal.

Por último, frente a su pregunta: 8) ¿Durante el mismo periodo actual de aplicación de Ley de Garantías (Ley 996 de 2005), pueden ser provistos mediante la modalidad de ENCARGO, funcionarios de carrera administrativa en cargos de carrera administrativa que entraron en VACANCIA DEFINITIVA por renuncia aceptada de los funcionarios que los ocupaban?

Al respecto, primero debe indicarse que, en vigencia de la Ley de Garantías, es viable la provisión de empleos vacantes a través de la figura del encargo a servidores públicos de carrera en los términos de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando las necesidades del servicio lo requieran. Lo anterior, debido a que la designación mediante encargo no afecta ni genera la modificación de la nómina correspondiente y se encuentra dentro de la aplicación de las normas de carrera administrativa¹².

No obstante, lo anterior, y reiterando lo que se indicó frente al interrogante 6° de su consulta, como quiera que en este caso existe una lista de elegibles vigente, no será procedente la provisión del empleo mediante encargo. En tal caso, la Entidad deberá utilizar la lista en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, según lo establecido en el numeral 4° del art. 31 Ley 909 de 2004, antes mencionado.

Igualmente, es preciso indicar que, en vigencia de la Ley de Garantías 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 período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual aplicaría en caso que la entidad tuviera que proveer las vacancias definitivas con la lista de elegibles vigente.

Para mayor 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: María Camila B.

Revisó: Harold I. Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

¹ “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

² “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

³ “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

⁴ “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

⁵ <https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-06/CRITERIOUNIFICADOLEY1960DE2019.PDF>

⁶ “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”

⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

⁸ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 3 de junio de 2014, Sentencia T-326/14, [MP María Victoria Calle Correa]

¹⁰ “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. ”

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena, 11 de noviembre de 2005, Referencia: expediente PE-024, Consejero Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² Circular Conjunta 100-006 de 2021 Presidencia de la Republica. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=173606>

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:54:00