



Función Pública

Concepto 087641 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000087641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000087641

Fecha: 01/03/2023 08:09:48 a.m.

Bogotá D.C

Referencia: CARRERA ADMINISTRATIVA. Lista de Elegibles. Radicación: 20239000067182 del 31 de enero de 2023.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual plantea y consulta lo siguiente:

Respecto del cargo de profesional universitario 2044-6 de la planta global de Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, ubicado en la subdirección de Integración del Sistema de Aportes Parafiscales de la Protección Social

Teniendo en cuenta que es una vacante temporal el cual no salió a concurso de méritos, pero la titular del cargo ascendió en este concurso y acepto su ascenso. Una vez finalizado el periodo de prueba de la persona que ascendió, ¿la vacante va a ser llenada u ocupada con lista de elegibles? O ¿Se mantiene la persona que está en ese cargo temporal?

Dado el caso que no se asigne el cargo por lista de elegibles, ¿queda nuevamente la vacante? O de estar ocupado el puesto ¿la persona que está en ese cargo lo seguirá ocupando?

Se da respuesta en los siguientes términos.

En primer lugar es importante precisar que, conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, en consecuencia, solo se dará información general respecto del tema consultado.

En relación con el tema objeto de consulta, la Ley 909 de 2004², modificada por la Ley 1960 de 2019 determina lo siguiente:

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

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

(...)

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.”

De conformidad con lo anterior, se tiene que, a partir de la expedición de la norma; (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 a concurso en la respectiva entidad.

Frente al tema objeto de consulta se considera pertinente traer a colación el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-340 de 2020, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en el que se estudió la aplicación de la Ley 1960 de 2019³, en el caso de concursos de méritos convocados y adelantados antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, que determinó lo siguiente:

“3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe (50), así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto”[51].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva” [52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho

respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer” [53]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[54].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “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", entendiéndose 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.”[55].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(...)

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la

entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.”

De acuerdo con la Corte, por regla general las leyes producen efectos jurídicos a futuro, es decir, surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia, no obstante, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general, para el caso de la vigencia de la Ley 1960 de 2019 se debe tener en cuenta que puede dar lugar a una aplicación retrospectiva de la norma, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”.

Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Según la Corte, para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Para la Corte, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos de la ley.

Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues las entidades, deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella.

Concluye la Corte señalando que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para en cada caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente; es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese mismo empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley.

De otra parte, mediante escrito del 16 de enero de 2020 el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, modificó el inciso primero de la página 3 del criterio unificado denominado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, precisando lo siguiente:

“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”, entendiéndose 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.” (Subraya fuera de texto

De acuerdo con el pronunciamiento de la CNSC, en adelante las listas de elegibles conformadas en 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.

A la luz de lo anterior, es viable concluir lo siguiente:

1.- De acuerdo con lo previsto en la Ley 909 de 2004 y el pronunciamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, efectuado a partir de enero de 2020, las listas de elegibles conformadas en 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.

2.- De manera general las leyes producen efectos jurídicos a futuro, es decir, surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia.

3.- Sin embargo, el ordenamiento jurídico Colombiano reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma.

4.- Según la Corte, para el caso de la vigencia de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019 es posible dar lugar a una aplicación retrospectiva de la norma, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, como es el caso de quien se presentó a un concurso de méritos, que se encuentra en lista de elegibles en orden superior a los empleos que se busca proveer; es decir, su situación jurídica no ha sido consolidada, pues tiene una expectativa de ser nombrado en un cargo de carrera administrativa cuyo titular se encuentra en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y mientras permanezca vigente la lista de elegibles.

5.- El cambio normativo surgido a partir de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos de la ley.

6.- No obstante, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, lo anterior no se considera como un derecho automático, pues para dar aplicación a la retrospectividad de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia ordenar el nombramiento en período de prueba de quien se encuentra en lista de elegibles, se debe verificar los siguientes aspectos:

a.- Que la lista de elegibles se encuentre vigente.

b.- El número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en la lista de elegibles; es decir que, el interesado ocupe el lugar inmediatamente siguiente a proveer.

c.- Que se trate del mismo empleo; entiéndase con igual denominación código, grado, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

De acuerdo con lo manifestado en el presente escrito, en caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera y ante la existencia de lista de elegibles vigente, la entidad deberá nombrar en el cargo a quien siga en lista, siempre que se cumplan las condiciones previstas en la ley y cumpliendo las manifestaciones brindadas por la Corte Constitucional y la Comisión Nacional del Servicio Civil, en ese sentido, las listas de elegibles 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 al concurso y que correspondan a los mismos empleos.

En atención a ello, la entidad deberá tener en cuenta, entre otros, que la lista de elegibles se encuentre vigente, de igual forma, debe verificarse el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en la lista de elegibles; es decir que, el interesado ocupe el lugar inmediatamente siguiente

a proveer y que se trate del mismo empleo; entiéndase con igual denominación código, grado, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

En todo caso, se considera pertinente tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015⁴, le corresponderá al Jefe de Talento Humano, o a quien haga sus veces, verificar y certificar el cumplimiento de requisitos del aspirante al ejercicio del empleo, conforme a las previsiones del manual específico de funciones y de competencias laborales, con el fin de determinar el empleado con mejor derecho para ser vinculado en la entidad.

Respecto de su segundo interrogante, es importante precisar que el Decreto 1083 de 2015 previamente referido respecto al retiro de los provisionales, establece:

“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”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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 empleado concreto.

Finalmente, 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.

Atentamente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

²Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

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

⁴Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2025-02-04 22:54:00