



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 61271

Fecha: 22/02/2018

Bogotá D. C.,

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS ¿Pueden efectuarse encargos para proveer vacancias definitivas o temporales en vigencia de la Ley de Garantías? **Rad. 20189000034482** del 26 de enero de 2018.

En atención al oficio de la referencia, me permito informarle lo siguiente:

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Le informan a esta Dirección Jurídica, que el 31 de enero de 2018 se generó una vacante definitiva por motivo de la renuncia de un empleado público de carrera administrativa que cumplió requisitos para pensionarse. Consultan en el oficio de la referencia si puede efectuarse un encargo para proveer esa vacancia definitiva a partir del 1 de febrero de 2018, fecha en la que ya se encuentra vigente de la Ley de Garantías.

ANÁLISIS:

Sobre el particular, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, establece:

“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”.

“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.”

El inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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.

Acerca de la aplicación de las restricciones relativas a plantas de personal y a los empleos de la administración municipal, la Corte Constitucional, en Sentencia C-

1153 de 2005, precisó que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal de que trata el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, 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.

Conforme a lo dispuesto en el Parágrafo del Artículo 38 de la citada Ley, establece dos excepciones a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad; una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

En relación con el alcance de esta prohibición, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Alvaro Namén Vargas, afirmó lo siguiente:

“Así, la expresión “falta definitiva” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.”

De acuerdo con la interpretación del Consejo de Estado plasmada en el concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, la expresión “falta definitiva” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario, sino que abarca otras causas legales de retiro del servicio, como es el caso de la expiración del periodo, teniendo en cuenta que el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005

aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

Es decir, la falta definitiva puede originarse por causales diferentes a la muerte o renuncia, y la provisión del cargo es posible en la medida en que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Según esta Corporación, en estos casos no se trata de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Como puede observarse, la interpretación del Consejo de Estado es concordante con la posición de la Corte Constitucional, que expresó en la sentencia C-1153 de 2005, 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 que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por otra parte, respecto de la forma de proveer empleos de carrera administrativa con vacancia temporal o definitiva, es necesario precisar que la Ley 909 de 2004, señala lo siguiente:

***“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*”**

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

(...)." (Subraya nuestra)

De acuerdo con lo anterior, en caso de vacancia definitiva o mientras dura la situación administrativa que genera la vacancia temporal, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en los empleos de carrera administrativa, **siempre que se acrediten los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual de funciones específicas** y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer en la respectiva planta de personal.

En consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el empleado con derechos de carrera que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo, por lo que una vez esté libre la vacante y el empleado cumpla con los requisitos del cargo, la entidad podrá proveer el empleo.

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, es procedente la provisión de empleos vacantes a través de la figura del encargo en vigencia de la Ley de Garantías, debido a que no existe modificación de la nómina correspondiente y la designación mediante encargo se encuentra dentro de la aplicación de las normas de carrera administrativa.

Ahora bien, frente a la fecha en la cual se podría efectuar el encargo, es oportuno señalar que el mismo será procedente desde el momento en que el cargo se encuentre vacante en forma definitiva o temporal y que en todo caso, el empleado cumpla con los requisitos para el ejercicio del mismo, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

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.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.