



Concepto 226351 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000226351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000226351

Fecha: 25/06/2021 12:36:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ACCIONES JUDICIALES Y/O MEDIOS DE CONTROL - Acción de Tutela. PLANTAS DE PERSONAL - modificación. RAD N° 20212060455502 del 01 de junio de 2021.

Acuso recibo a su comunicación, por medio de la cual consulta si es procedente crear un nuevo cargo para reintegrar a la señora ADRIANA DEL PILAR SABOGAL TORRES, en cumplimiento a un fallo de tutela.

En atención a la misma me permito indicarle:

En cuanto al cumplimiento a los fallos de tutela el decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la Acción de Tutela expresa lo siguiente:

“ARTICULO 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

ARTICULO 28.-Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.

La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.”

De acuerdo con la anterior disposición, es claro que los fallos de tutela ya ejecutoriados son de obligatorio cumplimiento y deberá hacerse sin demora, en consecuencia, la entidad tiene la obligación de dar cumplimiento al fallo en forma inmediata, y de acuerdo con lo expresado en la parte resolutive de la misma.

Frente al cumplimiento a los fallos de tutela, la Corte Constitucional en la sentencia C-367 de 2014, expuso:

“(…), incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia.

4.3.2. Ante la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla, cumplirla de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP) y, dos, que es la excepción, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla.”

De lo anterior, el incumplimiento a un fallo de tutela es una conducta grave de la administración, ya que prolonga la vulneración a los derechos fundamentales tutelados como al debido proceso y acceso a la justicia.

Así mismo, la corte ha sostenido que existe dos reglas, la primera que debe haber cumplimiento de manera inmediata y adecuada; y la segunda que se debe probar de forma inmediata, eficiente, clara y definitiva el no cumplimiento del fallo.

La ley 1955 de 2019 la cual expidió el plan nacional de desarrollo 2018 -2022 estableció los siguientes:

ARTÍCULO 263º. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. *Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 9 de la Ley 1033 de 2006.*

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

PARÁGRAFO PRIMERO. *Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.*

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente Artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

- *El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.*

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

- Esta disposición es clara en señalar que personas tienen mayor protección respecto a la aplicación de la lista de elegibles respecto a los procesos de concurso de méritos se encuentran los prepensionados, las madres y padres cabezas de familia y las personas con situación de discapacidad.

De lo anteriormente transcrito se advierte que en la aplicación de la lista de elegibles la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, sin perjuicio del derecho de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

Así mismo, para la modificación de las plantas de personal, el Artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 228 del Decreto-ley 019 de 2012, establece:

“ARTÍCULO 228. REFORMAS DE PLANTA DE PERSONAL. Modifíquese el Artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:

ARTÍCULO 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden territorial, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública." (Subrayado nuestro)

Así mismo, sobre la reforma o modificación de planta de personal, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.12.2 *Motivación de la modificación de una planta de empleos*. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

1. Fusión, supresión o escisión de entidades.
2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.
5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.
6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
7. Introducción de cambios tecnológicos.
8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.

9. Racionalización del gasto público.

10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

PARÁGRAFO 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este Artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general. (...)”

De conformidad con la normativa transcrita, se tiene que, para proceder a realizar una reforma en la planta de personal, es necesario efectuar un estudio técnico que permita identificar la situación de la entidad, elaborado por la propia entidad.

Por lo tanto, para poder realizar la supresión de un empleo y crear otro, dicha modificación debe estar fundada en las necesidades del servicio y si no hay empleos disponibles en la planta de personal, es posible su creación y parte del estudio técnico se justificaría con el fallo de tutela, toda vez que la administración no se puede sustraer al cumplimiento.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-10-05 06:18:02