



Función Pública

Concepto 385981 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000385981

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000385981

Fecha: 11/12/2019 08:55:39 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Empleado provisional. Radicado: 20192060379162 del 18 de noviembre de 2019.

De acuerdo a la comunicación de referencia, me permito darle respuesta a sus preguntas de acuerdo con los temas en cuestión para hacer más comprensible lo que se va dejar expuesto:

En lo referente a las preguntas de sobre los empleados en provisionalidad, me permito indicarle lo siguiente:

En el ARTÍCULO 30 de la Ley 909 de 2004, confiere la competencia para adelantar los concursos o procesos de selección a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Seguidamente, el artículo 31 de la ley en comento, establece las etapas que concierne al concurso de méritos:

Primeramente, la convocatoria; que deberá ser suscrita por la CNSC, el jefe de la unidad u organismo para la realización del concurso y a los participantes, seguidamente del reclutamiento; que tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. La etapa de pruebas, tiene como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen y establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para las funciones del empleo. Y por último 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 superado el periodo de prueba seguirá el nombramiento en carrera administrativa.

Respecto a los cargos de carrera administrativa en provisionalidad, el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, preceptúa lo siguiente:

"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".

Es decir que, y para dar respuesta a su pregunta de qué consecuencias disciplinarias o de otro tipo tiene un alcalde al mantener en provisionalidad unos cargos sin convocar a concurso, al respecto es pertinente advertir que, una persona nombrada provisionalmente no tiene el derecho de permanecer indefinidamente en éste cargo, no obstante, una vez se encuentre en una entidad u organismo un cargo vacante definitivo, el nominador o su delegado debe reportar dicha vacancia a la CNSC para que adelante el concurso de méritos respectivo.

Hasta que se surtan todas las etapas del concurso y se efectuó el nombramiento según los primeros puestos en la lista de elegibles, el que ocupa un cargo en provisionalidad permanecerá en éste y conservará sus derechos respectivos y, si se declarará la desvinculación ésta debe estar motivada mediante acto administrativo con razones de decisión, lo anterior para dar respuesta su pregunta de cuántos meses puede durar un empleado nombrado en provisionalidad y qué derechos pierde si no concursa.

Según sentencia de la Corte Constitucional T-007 de 2008, estima que para los funcionarios nombrados en provisionalidad existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

De lo expuesto anteriormente y para dar respuesta a las preguntas sobre si un empleado en provisionalidad puede declararse insubsistente y cómo puede declararse ésta, el empleado en provisionalidad permanecerá en el cargo siempre y cuando no operen las causales expuestas por la Corte en la sentencia indicada, como lo es por causas disciplinarias, baja calificación en la evaluación de desempeño de sus funciones, razones pertenecientes al servicio o por designación por haber superado concurso de méritos.

Si, por lo contrario, operara alguna de las causales mencionadas, el empleador tendrá que motivar con razones de decisión el acto administrativo que declara la insubsistencia, al respecto en pronunciamiento por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014 considero lo siguiente: *“Se considera que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación”*.

Si se presentará la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira un funcionario en provisionalidad, éste se declarará nulo, ya que desconoce el derecho al debido proceso del empleado público afectado por la decisión, partiendo que las autoridades deben hacer uso del poder de manera discrecional requiriendo que las decisiones proferidas sean justificadas.

Ahora bien, frente a la pregunta sobre si un empleado nombrado en provisionalidad puede sindicalizarse, el artículo 39 de la Constitución Política establece que los trabajadores y empleadores tienen el derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado y su reconocimiento jurídico se produce con la inscripción del acta de constitución, quiere decir que, los empleados independientemente de su tipo de vinculación por derecho constitucional pueden sindicalizarse con excepción de los indicados en la misma norma.

Según su pregunta de cuántos meses o años puede un empleado de carrera administrativa ocupar o desarrollar las funciones de otro cargo diferente para el cual fue registrado en carrera administrativa, en el marco legal vigente se establece lo siguiente:

Se encuentra la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período que en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, establece:

“ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido

nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria”. (Texto Subrayado por Nosotros).

Así mismo, el artículo 2.2.5.5.39 del Decreto 1083 de 2015, consagra:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.39. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo. Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo, con el único fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o periodo se registrá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan”.

De manera que, los empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente tendrán en derecho de que se les comisione en un cargo de libre nombramiento y remoción, por el término de tres años, continuos o discontinuos, el cual se podrá prorrogar por un término igual, continuos o discontinuos para los cuales hayan sido nombrados o elegidos en la misma entidad o en otra entidad.

Finalizado el término por el cual se le otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncia a éste o sea retirado del mismo antes del vencimiento, deberá regresar al cargo del cual es titular. Dicha comisión se otorga con el fin de preservar los derechos de carrera.

De no cumplirse lo anterior, se declarará la vacancia del empleo de carrera y el nominador lo proveerá de forma definitiva.

En el evento que la evaluación del empleado sea satisfactoria, la comisión será discrecional del nominador.

Así mismo, los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, lo anterior en virtud del artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015.

En el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en lo relacionado a la situación administrativa de encargo establece que hasta que se surta el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados con derechos de carrera podrán ser encargados en estos, si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño y, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

El encargo para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

También, se encuentra el encargo para desempeñar empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.

Los empleados de carrera son los que tienen derecho preferencial a ocupar mediante encargo el empleo vacante, mientras su titular no lo ejerce, siempre y cuando acrediten 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 (Art. 2.2.5.5.42 del Decreto 1083 de 2015 modificado por el 648 de 2017).

El término por el cual se concede el encargo en empleos de carrera administrativa es por seis (6) meses, que cumplido éste el empleado tendrá que regresar el cargo del cual está Registrado en carrera.

En el evento que dentro de la planta de personal de la respectiva entidad no se cuente con empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan con el perfil y los requisitos para ser encargados en el empleo vacante, será procedente la vinculación de provisionales.

En lo relacionado con la pregunta de si se puede eliminar de la planta de personal, un cargo en provisionalidad por el concejo municipal mediante acuerdo o necesita autorización de alguna entidad del estado, en sentencia C-272 de 1996 de la Corte Constitucional se consideró lo siguiente en lo referente a la modificación de la planta de personal de un organismo o entidad perteneciente a la Rama Ejecutiva: *b) La atribución de establecer la estructura organizacional y funcional de la administración nacional corresponde al Congreso, en los términos del art. 150-7-23 de la Constitución. Pero igualmente se le han asignado al Gobierno ciertas tareas que corresponden a dicha materia, vinculadas al ejercicio de la potestad reglamentaria o de las competencias concernientes a la reorganización de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración (art. 189-11-16 C.P.). Y al Presidente de la República se le ha conferido la atribución de "crear, fusionar o suprimir conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos" (art. 150-14).*

c) En lo pertinente a las administraciones departamentales, municipales y distritales, la Constitución asigna a las asambleas y a los concejos la competencia para señalar la estructura, la organización y el funcionamiento de las mismas, e igualmente la facultad para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos (arts. 300-7, 313-6, y 322 C.P.). También los gobernadores y alcaldes tienen injerencia en asuntos relativos a la referida competencia, en cuanto se les atribuye la facultad de suprimir o fusionar entidades y dependencias correspondientes a dichos órdenes y para crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas departamentales y a los acuerdos de los concejos.

La competencia concerniente a la reorganización de la estructura de la estructura organizacional y funcional de la administración nacional corresponde al Congreso, no obstante, el Gobierno tiene injerencia en tareas en esta materia y el Presidente de la República dentro del ejercicio de sus facultades autorizadas por la Ley también.

Para las administraciones departamentales, municipales y distritales ésta facultad para señalar la estructura, la organización, organización, funcionamiento, la determinación de las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de los empleos esta conferida a las Asambleas Departamentales y a los Consejos Municipales.

Los gobernados y alcaldes frente a la referida competencia se les atribuye la competencia para suprimir o fusionar entidades y dependencias correspondientes a dichos órdenes con sujeción a la ley y a las ordenanzas departamentales de los acuerdos de los concejos.

En ese entendido en materia de función pública, a los servidores de las entidades territoriales se les aplica esencialmente la ley en lo referente a los aspectos antes mencionados, y las ordenanzas y los acuerdos en lo que atañe específicamente a los asuntos no reservados a aquélla y que corresponde a la competencia propia de las autoridades de dichas entidades, en virtud de los arts. 300-7, 305-7, 313-6, 315-7 y 322 de la Constitución.

Para dar respuesta a su pregunta sobre la supresión de un cargo en el que se encontraba un empleado provisional, el artículo 2.2.12.1 del

Decreto 1093 de 2015 establece que para proceder a realizar una reforma de la planta de personal de una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial deben motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración con base en estudios técnicos que evidencien dicha transformación.

Seguidamente, en el párrafo se consagra la salvedad de que toda modificación de empleos, estructuras y estatutos de entidades pertenecientes al ejecutivo del Orden Nacional deben contar con el concepto técnico favorable de éste Departamento Administrativo.

En el párrafo del artículo 2.2.12.2 de la norma en comento, establece lo siguiente frente a los empleados nombrados en provisionalidad cuyo cargo va ser eliminado:

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.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

Bajo ese entendido, en caso de ser suprimido dicho cargo, quien lo viene desempeñando con carácter provisional quedará retirado del servicio sin derecho a indemnización ninguna, puesto que los únicos empleados que les asiste derecho a ser incorporados, reincorporados o indemnizados en empleos iguales o equivalentes, como consecuencia de la supresión de su cargo por la reforma y modificación de la planta de personal son los empleados de carrera administrativa.

Lo anterior frente a la estructuración de la planta de personal, ahora bien, en lo relacionado con la pregunta sobre si el manual de funciones lo hace el alcalde por decreto o necesita autorización de éste, le indico que los requisitos para desempeñar los cargos de la planta de personal de una entidad u organismo del Estado deben encontrarse establecidos en el manual específico de funciones y requisitos de la respectiva entidad u organismo, que deben regularse por las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 785 de 2005.

Frente a manuales específicos de funciones y de competencias laborales, el Decreto 1083 de 2015 dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.6.1. Expedición. Los organismos y entidades a los cuales se refiere el presente Título expedirán el manual específico de funciones y de competencias laborales describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio.

La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente Título.

Corresponde a la unidad de personal, o a la que haga sus veces, en cada organismo o entidad, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de competencias laborales y velar por el cumplimiento de las disposiciones aquí previstas.

PARÁGRAFO 1. La certificación de las funciones y competencias asignadas a un determinado empleo debe ser expedida únicamente por el jefe del organismo, por el jefe de personal o por quien tenga delegada esta competencia.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que el empleo público siendo el núcleo básico de la función pública, e implica un conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a su titular con las competencias requeridas para llevarlas a cabo, y le corresponde a las entidades y a los organismos expedir su propio manual de funciones, y se pretendiera modificar dicho manual específico de funciones se

efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad.

De la pregunta, cuáles son los pasos según la ley para elegir secretarios y personeros por los consejos municipales, para los primeros el artículo 37 de la Ley 136 de 1994 indicando lo siguiente:

ARTÍCULO 37.- Secretario. El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo.

En ese sentido, el Consejo Municipal es el encargo de elegir un secretario para un periodo de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer periodo legal respectivo. Dependiente del tipo de categoría del municipio se deberán acreditar requisitos diferentes y, en los casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto de periodo y las ausencias temporales las reglamentará el consejo.

Dentro de las funciones del Consejo Municipal se encuentra la de elegir al Personero del municipio correspondiente, que en virtud del artículo 170 de la Ley 136 de 1994, los personeros serán elegidos por el Concejo Municipal o Distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero.

Por último y para dar respuesta a su pregunta sobre qué documentos deben estar publicados en el portal virtual de Colombia Compra Eficiente, las entidades estatales están obligadas a publicar en SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de contratación correspondiente.

En el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, se establece que los documentos del proceso son de la parte preparativa o precontractual; los estudios o documentos previos, el aviso de convocatoria; los pliegos de condiciones o la invitación; de la fase contractual; las Adendas, la oferta, el informe de evaluación; el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.

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 <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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:45:34