



Función Pública

Concepto 168111 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000168111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000168111

Fecha: 12/05/2021 06:37:46 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: CARRERA ADMINISTRATIVA. Ascenso. CARRERA ADMINISTRATIVA. Pérdida de derechos de carrera RAD. 20212060213542 del 30 de abril de 2021.

Me refiero a su comunicación, radicada en esta dependencia el 30 de abril de 2021, mediante la cual plantea cuatro (4) interrogantes sobre el concurso de ascenso de carrera administrativa y la pérdida de derechos de carrera. En atención a la misma, me permito dar respuesta a cada una de ellas, de la siguiente manera:

PRIMERO

Cuáles son los efectos para un servidor público, inscrito en carrera administrativa previamente, a quien se le realiza con posterioridad un nombramiento con carácter de ascenso, sin haber sido seleccionado mediante el sistema de mérito para dicho ascenso.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera y para su ingreso y ascenso se debe garantizar el sistema de méritos, a través de la aprobación del concurso correspondiente.

A su vez, la Ley 909 de 2004 establece el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y para el ascenso, respecto del cual señala que tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

Esta misma ley ofrece la posibilidad de proveer empleos de carrera, de manera temporal, mientras se surte el debido proceso de selección. Según esta norma, el encargo debe recaer en un empleado de carrera que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad y tener las más altas calificaciones en su evaluación de desempeño, o al menos, una calificación satisfactoria.

El funcionario que tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo no perderá sus derechos de carrera administrativa. En contraste, el funcionario que abandone su cargo y que como consecuencia de este abandono sea declarado vacante, perderá sus derechos de carrera.

Por otra parte, existe la opción de que la administración provea vacantes definitivas mediante nombramientos provisionales, no obstante, el funcionario nombrado tendrá la condición de provisional y, en esa medida, no tendrá derechos de carrera.

Así las cosas, para el ingreso a un cargo de carrera o para ascender dentro de la misma se debe participar en el concurso de méritos correspondientes. También se podrán ocupar cargos superiores dentro de la planta a través de la figura del encargo. Ahora bien, los nombramientos en los que no medie el concurso de méritos se harán en provisionalidad y ésta no genera derechos de carrera.

Por lo tanto, un funcionario de carrera que ocupe un empleo superior dentro de la planta sin que haya participado en un concurso de ascenso o que no se encuentre en encargo podría perder sus derechos de carrera por abandono del cargo, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 42 de la Ley 909 de 2004, al que se hará referencia en el siguiente punto de su consulta.

SEGUNDO

El haber sido nombrado y posesionado en el cargo producto del ascenso, sin haberse agotado el mérito, hace perder los derechos de carrera administrativa?

El Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 contiene una lista de causales de retiro del servicio dentro de las cuales se encuentra la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo.

Más adelante, en el Artículo 42, se indica que cualquier causal de retiro del servicio conlleva la pérdida de los derechos de carrera administrativa.

En ese contexto, el funcionario nombrado y posesionado en un cargo superior, sin haber agotado el concurso de ascenso perdería sus derechos de carrera administrativa por el abandono del cargo para el que fue inicialmente nombrado.

TERCERO

En caso de perderse los derechos de carrera administrativa, es obligación de la entidad pública respetar el nombramiento en ascenso, hasta tanto se surta el procedimiento establecido en la ley 909 2004 (concurso de méritos)?.

Como se expuso previamente, el ascenso en la carrera administrativa es producto del mérito y quienes son nombrados en cargos superiores de la planta sin agotar este requisito ocupan el cargo en provisionalidad.

Sobre la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015¹, 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”. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado. Frente al particular, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

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”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. 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 sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Subrayas fuera de texto).

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.” (Destacado nuestro)

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, 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.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.² En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, 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.³

CUARTO

Es viable jurídicamente, revocar el nombramiento en ascenso de un funcionario que no ha sido seleccionado mediante el sistema de mérito para dicho ascenso, y ubicar al funcionario en el cargo correspondiente al inscrito en el registro público de la carrera administrativa?.

Frente a este punto, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades.

En este caso, lo procedente es acudir a las causales de revocatoria de los actos administrativos contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Oscar Mauricio Ceballos M.

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

2. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

3. Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:24:18