



Función Pública

Concepto 161691 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000161691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000161691

Fecha: 10/05/2021 12:43:15 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Evaluación del desempeño a empleados provisionales y retiro de los mismos. RAD.: 20219000419682 del 07-05-2021.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual solicita que se les indique la forma de abordar un proceso que permita realizar una evaluación objetiva a los empleados vinculados con carácter provisional del municipio de Armenia (Antioquia) o indicarles cuál sería la forma de terminar su contrato sin que se genere una decisión que esté por fuera de la Ley, es decir cumpliendo los mandatos legales existentes.

Sobre el tema se precisa lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, la evaluación del desempeño laboral tiene como destinatarios a los empleados de carrera administrativa, en período de prueba y a los de libre nombramiento y remoción distintos a los de gerencia pública; sin que sea procedente su aplicación a los empleados vinculados con carácter provisional.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante concepto No. 2-2009-07345 del 08 de mayo de 2009 sobre el tema de la evaluación de los empleados provisionales, sostuvo:

"En cuanto a la evaluación de los funcionarios provisionales, ésta resulta procedente siempre y cuando se desarrolle a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, sin que estos puedan corresponder a los establecidos por esta Comisión para los funcionarios de carrera o en período de prueba, esta evaluación debe generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad, para lo cual deberá señalarse de manera expresa que la misma no genera derechos de carrera ni los privilegios que la ley establece para los servidores que ostentan esta condición, ni el acceso a los incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados". (Resaltado nuestro).

De conformidad con lo anterior, la evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa del sistema general de carrera administrativa, tiene como destinatarios a los empleados públicos de carrera administrativa, en periodo de prueba y los de libre nombramiento y remoción distintos a los de gerencia pública.

No obstante lo anterior, este Departamento Administrativo ha sido consistente en precisar que las entidades podrán evaluar a los empleados vinculados con carácter provisional a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, o podrá emplear formatos similares a los que utiliza para la evaluación de los empleados de carrera, en período de prueba o de libre nombramiento y remoción.

Dicha evaluación debe generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad, para lo cual, deberá señalarse de manera expresa que la misma no genera derechos de carrera ni los privilegios que la ley establece para los servidores que ostentan la condición de empleados de carrera administrativa.

Por lo tanto, para efectos de implementar la evaluación del desempeño para provisionales, es preciso señalar que la misma es procedente teniendo en cuenta que:

(i). La NTCGP1000 establece que es necesario tanto *“determinar la competencia necesaria de los servidores públicos y/o particulares que ejercen funciones públicas o que realizan trabajos que afectan la conformidad con los requisitos del producto y/o servicio”* como *“evaluar las acciones tomadas, en términos de su efecto sobre la eficacia, eficiencia o efectividad del Sistema de Gestión de la Calidad de la entidad”* (Numeral 6.2.2., literales a y c)

(ii). El MECI establece dentro del componente de talento humano es necesario *“Establecer la competencia requerida de los servidores públicos y/o particulares que ejercen funciones públicas e implementar acciones que permitan alcanzarla y mantenerla”*, sin diferenciar en el tipo de vinculación de la persona.

(iii). La evaluación de gestión por dependencias que realiza Control Interno mide los resultados del área y esos resultados son obtenidos por todas las personas participantes, independientemente del tipo de vinculación.

Por consiguiente, para implementar la evaluación del desempeño para los provisionales se deben tener en cuenta los siguientes aspectos, a saber:

a) Establecer mediante acto administrativo que se va a implementar la evaluación para provisionales, que el fin de esa evaluación es únicamente revisar la gestión y que por lo tanto no le genera al empleado provisional derechos de carrera.

b) Establecer el instrumento (debe ser exactamente igual para que no se propicie ningún tipo de discriminación)

c) Informar a los provisionales del proceso y notificarles el acto administrativo.

d) Incluir en las capacitaciones sobre evaluación un aparte puntual para explicar detalladamente la implementación de este nuevo proceso tanto a jefes como a servidores

Es decir, que la evaluación de desempeño conforme lo expresado, es procedente establecerla como política de operación de calidad para los empleados provisionales siempre que la misma esté regulada a través de un acto administrativo que establezca el instrumento y la metodología a utilizar por los responsables del proceso entendiéndose, evaluadores y evaluados.

Así, en el caso de los empleados provisionales la Administración podrá concertar los objetivos o compromisos y hacerle seguimiento a las funciones desarrolladas por los mismos, a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad, o empleando formatos similares a los que utiliza para la evaluación de los empleados de carrera, en período de prueba o de libre nombramiento y remoción, sin que por este hecho se

modifique o mute la naturaleza de la vinculación, se confieran derechos de carrera o cualquier otro beneficio propio de dichos empleos; ni con dicha evaluación se decida la estabilidad o el retiro del empleado provisional.

En cuanto a la solicitud de que se les indique cuál sería la forma de terminar el contrato de los empleados vinculados con carácter provisional, es decir, la forma de su retiro del service, sin que se genere una decisión que esté por fuera de la Ley, es decir cumpliendo los mandatos legales existentes, se precisa lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, el nombramiento provisional es de carácter transitorio y procede de manera excepcional, para proveer un empleo de carrera cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil para ser nombrados mediante encargo.

En cuanto a la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, es pertinente precisar que el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015 señala que antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”

Igualmente, 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 predicen 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.”

En este orden de ideas es posible concluir, que el Artículo 125 de la Constitución Política establece que, por regla general, los empleos del Estado son de carrera y se proveen a través de concurso de mérito, y el retiro de los mismos se hará por las razones señaladas por la Constitución, o bien por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las otras causales que determine la ley; y de conformidad con el Artículo 25 de la Ley 909 de 2004, cuando dichos empleos se encuentren vacantes y no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera, podrán proveerse de manera provisional, caso en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y los criterio expuesto por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, como en la Sentencia SU-917 de 2010, 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 en concreto.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, en el presente caso, la declaratoria de insubsistencia 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 en concreto.

Ahora bien, de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

“1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página [webwww.funcionpublica.gov.co/eva](http://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 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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:09:43