



Función Pública

Concepto 162671 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000162671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000162671

Fecha: 10/05/2021 05:21:04 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CARRERA ADMINISTRATIVA. Proceso de selección y/o concurso de méritos. Empleado en Provisionalidad. Radicado 20219000415572 del 4 de Mayo de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante el cual consulta “ *Los cargos sometidos a concurso que no fueron aprobados por ninguno de los que participaron en el mismo, incluidos los empleados en provisionalidad. ¿En qué situación quedan estos? ¿puede continuar el empleado en provisionalidad en el cargo? ¿al someterse al concurso pierde este derecho y el representante legal puede disponer de estos empleos?*”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración concreta de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos y no se encuentra facultado para ni dirimir controversias, competencias atribuida a los jueces de la república.

Por consiguiente, la resolución de los asuntos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

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”.

Al respecto es pertinente advertir que, una persona nombrada provisionalmente no tiene el derecho de permanecer indefinidamente en este 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, si se declarará la desvinculación ésta debe estar motivada mediante acto administrativo con razones de decisión.

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).

Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.

Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En esa ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. En dicha sentencia la Corte: (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el 1998 referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad.

La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (...)

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 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”. (Negrilla fuera de texto)

Concluyó que: “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”.

De lo expuesto anteriormente, al no haberse materializado las causales para que un funcionario nombrado en provisionalidad sea removido del cargo, 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.

En criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que para el presente caso no se configura ninguna de las causales de terminación del nombramiento en provisionalidad establecidas por la Corte Constitucional, en consecuencia, como para el presente caso, ninguno de los aspirantes superó el proceso de selección, no es procedente retirar del servicio al empleado nombrado en provisionalidad, el mismo podrá permanecer en el empleo hasta tanto se designe el cargo por concurso en un nuevo proceso de selección o se presente una de las causales de

retiro del servicio antes indicadas.

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 emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Lucianny G

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:53