



Función Pública

Concepto 318891 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000318891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000318891

Fecha: 30/08/2021 04:59:58 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: EMPLEOS- Provisión. ¿Es procedente dar por terminado un nombramiento provisional, en una vacancia temporal, cuando ésta se convierte en definitiva? Radicación No. 20219000580432 de fecha 14 de Agosto de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta que pasa cuando se entra como provisional a un cargo en encargo, pero el titular del cargo asciende a otro cargo y estando en ese cargo muere, en que situación queda el provisional respecto a la muerte del titular del cargo, es posible que esta provisional pierda su trabajo, me permito manifestarle lo siguiente:

En atención a la primera parte de su consulta relacionada con la posibilidad para que un empleado provisional sea designado en un empleo mediante encargo, le indico lo siguiente:

En relación con la provisión de un empleo mediante encargo, la Ley 909 de 2004, modificada por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019 establece:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.” (Subraya fuera de texto)

A su vez, el artículo 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”. (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, en el caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo de carrera administrativa, los empleados con derechos de carrera tendrán derecho para ser encargados de tales empleos, siempre que se cumplan las condiciones de la norma; por su parte, los empleos de libre nombramiento y remoción vacantes, podrán ser provistos a través del encargo a favor de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, a juicio de la autoridad nominadora y siempre que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

De lo anterior se deduce que, las normas de administración de personal no contemplan otorgar encargos a favor de los empleados nombrados en provisionalidad, en razón a que la norma condiciona el encargo a que se realice a favor de un empleado con derechos de carrera o de libre nombramiento y remoción.

De acuerdo con lo expuesto, y en atención a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, solamente los empleados con derechos de carrera administrativa y los empleados de libre nombramiento y remoción podrán ser beneficiarios de encargos, sin que tal circunstancia se haya hecho extensiva a favor de los empleados nombrados en provisionalidad.

Por consiguiente, en el marco jurídico actual no es procedente que las entidades públicas otorguen encargos a favor de los empleados nombrados en provisionalidad.

Ahora bien, en relación con la segunda parte de su escrito, mediante la cual consulta por la situación de un provisional vinculado en un empleo de carrera administrativa por vacancia temporal del cargo, que posteriormente se convierte en una vacancia definitiva, le indico lo siguiente:

Respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, es importante tener en cuenta que el Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, señala:

“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.” (Subrayado fuera del texto)

La Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

“(…)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, esto 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” (Subrayado fuera de texto).

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.”

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 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 funcionario concreto.

Ahora bien, sobre el tema debe atenderse el contenido del Criterio Unificado para provisión de empleos públicos mediante encargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del 13 de agosto de 2019, que estipula:

“11. ¿Qué sucede si una vacante temporal está provista mediante encargo y el titular de dicho empleo renuncia?”

Si un empleo en vacancia temporal está provisto mediante encargo o nombramiento provisional y su titular renuncia, dicha vacante se convierte, en definitiva. En este caso, la entidad deberá verificar a aplicación de los mecanismos de provisión definitiva señalados en el artículo [2.2.5.3.2.](#) del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto [648](#) de 2017. Si agotados dichos Ordenes de provisión, la condición de vacancia definitiva persiste, la administración podrá, par necesidades del servicio, mantener el encargo a el nombramiento provisional en el servidor en que inicialmente había recaído”.

Por lo tanto y para el caso objeto de consulta, si un empleo en vacancia temporal está provisto mediante nombramiento provisional y su titular se retira del servicio por muerte, dicha vacante se convierte en definitiva, en este caso, la entidad deberá verificar la aplicación de los mecanismos de provisión definitiva señalados y si agotados dichos ordenes de provisión, la condición de vacancia definitiva persiste, la administración podrá, por necesidades del servicio, mantener el nombramiento provisional con en el servidor en que inicialmente había recaído, sin que para el efecto sea procedente adelantar un nuevo proceso de convocatoria interna para proveer dicho empleo.

Finalmente, me permito indicarle que 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Harold Herreño..

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:11:20