



Concepto 392601 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000392601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000392601

Fecha: 29/10/2021 10:08:38 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Empleado provisional. Empleado de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20212060641972 del 27 de septiembre de 2021.

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

"1.- ¿Es legal que un Alcalde encargado nombre en provisionalidad a un cargo sin haberse realizado el concurso de mérito?

2.- ¿Es legal que apenas se inicie en la apertura del proceso ante CNSC de los cargos ofertados, se nombre funcionarios que estaban en libre nombramiento y remoción a cargos de provisionalidad sin haberse realizado el concurso de méritos?

3.- ¿Se pueden declarar insubsistente a esos funcionarios?

4. ¿Es legal que su acto de nombramiento y que parte emotiva debe contener?" (copiado del original con modificaciones de forma).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

- Del nombramiento provisional.

El Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, establece:

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Por su parte, la Ley 1960 de 2019, «Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, modificatoria del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, regula la provisión transitoria de los empleos mediante encargo, así:

ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

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.

(...)

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 posteridad a la vigencia de esta ley.

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.

Adicionalmente, la Circular Externa número 100-07-2015 de fecha 31 de agosto de 2015 sobre el derecho preferencial de los empleados de carrera a ser encargados, conceptúo:

(...) los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes en forma definitiva o temporal se proveerán preferencialmente mediante encargo a los empleados de carrera, siempre que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Acreditar los requisitos para el ejercicio del empleo objeto de encargo;
2. Poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño
3. Haber sido calificado como sobresaliente en la última evaluación del desempeño;
4. No haber sido sancionado disciplinariamente en el año anterior; y
5. Desempeñar el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.
6. De no acreditarse dichas condiciones, se deberá encargar al empleado que acreditándolas desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente, siendo competencia de la entidad adelantar el respectivo estudio.

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional.

De acuerdo con la normativa, jurisprudencia y circular expuestas, en el caso de vacancia temporal o definitiva en los cargos de carrera, los mismos podrán ser provistos de manera provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados públicos de carrera administrativa.

- Retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción.

La Ley 909 de 2004¹ con relación al retiro de estos empleados a través de la declaratoria de insubsistencia, expresa en su artículo 41 lo siguiente:

ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Entonces, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio, producto de la facultad discrecional de remoción por parte del nominador, con el propósito de hacer cesar la vinculación del empleo designado. Sobre este punto, es importante acotar que la decisión de retiro de este tipo de empleos procede una vez la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad; tal como lo expresó el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos.

La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario².

En otra oportunidad, la misma Corporación reafirmó el concepto anterior, argumentando:

Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo³.

Posteriormente, dentro de la misma vigencia el Consejo de Estado continua bajo la misma posición frente al retiro de empleados de libre nombramiento y remoción:

En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio⁴.

Por ende, la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción debe obedecer a una necesidad de mejoramiento del servicio en pro del quehacer institucional.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, antes de dar respuesta a sus preguntas, es importante precisar que conforme a lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene competencia para establecer directrices jurídicas en la aplicación las normas que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación; sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, las respuestas a su consulta harán referencia al fundamento legal previamente descrito, sin que por este hecho las mismas, se encaminen a decidir en cada caso lo particular; por cuanto, tal competencia se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación del personal a su cargo. Hecha esta aclaración, a continuación, nos referiremos a cada uno de los interrogantes propuestos en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. ¿Es legal que un Alcalde encargado nombre en provisionalidad a un cargo sin haberse realizado el concurso de mérito?

De acuerdo con la normativa expuesta, mientras se efectúa el respectivo concurso de méritos (art. 23, Ley 909 de 2004), resulta procedente proveer los cargos a través de encargo con empleados de carrera, siempre y cuando con el perfil y los requisitos exigidos; en caso, de no haber quien cumpla con dichos requerimientos resulta procedente acudir al nombramiento provisional.

2. ¿Es legal que apenas se inicie en la apertura del proceso ante CNSC de los cargos ofertados, se nombre funcionarios que estaban en libre nombramiento y remoción a cargos de provisionalidad sin haberse realizado el concurso de méritos?

Tal como se concluye en el punto anterior, los empleos pueden ser provistos de manera provisional, mientras se realiza el respectivo concurso

de méritos, cuando previamente, la Administración, ha verificado que en su planta de personal no existen empleados de carrera con el perfil y los requisitos para ser encargados de estos cargos.

3. *¿Se pueden declarar insubsistente a esos funcionarios?*

Los empleados de libre nombramiento y remoción si bien son empleados públicos no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera y, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores por cuanto, ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública. Es importante mencionar que el retiro de los mismos debe armonizar con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵.

4. *¿Es legal que su acto de nombramiento y que parte emotiva debe contener?*

El contenido de los actos de nombramiento provisional en vacante temporal o definitiva, y otros actos, podrá revisarlos a través del siguiente link: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/formatos-administracion-publica>.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».
2. Sección Segunda, Radicado núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 8 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado núm. 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07).
4. Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado núm. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.
5. «Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:25:18