



Concepto 081221 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000081221

contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000081221

Fecha: 17/02/2022 02:16:29 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Tema: Empleo Subtema: Provisión de cargos RADICACION: 20222060012782 del 7 de enero de 2022

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

“Primero: En los eventos en los cuales se presentan listas de elegibles para proveer (1) una sola vacante, ¿cuál es el término prudencial o límite legal que dispone la entidad para realizar las acciones afirmativas de reubicación del empleado en provisionalidad? Lo anterior sin perjuicio del término de los 10 días hábiles para efectuar el nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó su derecho en la primera posición de la lista de elegibles.

Segundo: De no ser afirmativa la acción de reubicación por insuficiencia de vacantes dentro de la planta de personal. Favor explicar y abordar detalladamente la siguiente expresión “o sean los últimos en ser retirados”.

Tercero ¿Cuál es el término prudencial o límite legal que dispone la entidad nominadora para realizar el retiro o desvinculación de los empleados en provisionalidad que tengan una condición especial, si ya la persona en primera posición en la lista de elegibles, solicitó el nombramiento en periodo de prueba y cumple con todos los requisitos para tomar posesión del cargo?

Cuarto: ¿La expresión “o sean los últimos en ser retirados” significa que los servidores en provisionalidad en condición especial serían los últimos en ser retirados de sus cargos, dentro del límite temporal de los 10 días hábiles en que debe producirse el nombramiento en periodo de prueba a la persona que ostenta el derecho preferente a ser nombrada, según lo establecido en el Decreto Único de la Función Pública 1083 de 2015? o ¿existe un término adicional que disponga la ley respecto al tema?

Quinto: Si la entidad nominadora no realiza las acciones legales competentes dentro del término legal que le corresponde, ¿cuál sería la sanción disciplinaria en contra de los servidores públicos o nominadores que incumplen los términos y no efectúan los nombramientos en periodo de prueba, sin justificación alguna?”

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En principio, es importante destacar que el Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, sobre los empleos del Estado, consagra:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para

determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”
(Resaltado por fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Así mismo, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el Artículo 53 de la Constitución.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS.

Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.”

De acuerdo con el precepto referido, los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso de méritos.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015¹, respecto al retiro de los provisionales, 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.”

De acuerdo con la norma, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado una vez termine la provisionalidad.

Frente al particular, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, María 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”.

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 particular y, en relación con los empleados provisionales en condición de pre pensionados, la Ley 1955 de 2019 señala:

“ARTÍCULO 263. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil y la CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 9 de la Ley 1033 de 2006.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente Artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.”

Para el caso de los concursos de mérito, las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil *â¿¿* CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 9 de la Ley 1033 de 2006, y están en la obligación de tomar medidas que en el caso de los pre pensionados les garanticen el derecho a permanecer en el cargo, tales como excluir de los concursos de méritos sus empleos por el tiempo que les falte para obtener el derecho a la pensión, lo cual aplica en el caso de la carrera del sistema específico del Sector Defensa.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, como en el caso materia de consulta, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista para ser nombrado en el respectivo empleo.

Por ende y, para dar respuesta puntual a su consulta, esta Dirección Jurídica considera:

- El empleado público en provisionalidad, cuyo empleo se somete a concurso de méritos, no debe ser reubicado sino retirado de inmediato a partir del momento en que se selecciona a la persona para cubrir la vacante. Si quien ocupa el empleo en provisionalidad hace parte del retén social que establece la Ley, entonces deberá, en lo posible, ser reubicado en otra vacante;
- Si no es posible reubicar a la persona en condición especial que estaba nombrada en provisionalidad, esta deberá ser la última en ser retirada, lo que quiere decir que antes de retirar a una persona en condición especial del empleo se deberá retirar a quien no ostenta dicha calidad;
- Si no es posible reubicar a la persona en condición especial, la entidad deberá proceder al retiro del servidor nombrado en provisionalidad dentro del término dispuesto por la norma, una vez se haya seleccionado al ganador de la vacante por concurso y habiendo agotado lo dispuesto por la norma ya referida, es decir, que sea el último en retirarse;
- No existe un término adicional para efectuar los nombramientos en periodo de prueba en la ley, aparte del estipulado por el Decreto 1083 de 2015; y
- La entidad deberá realizar los nombramientos en periodo de prueba dentro de los términos legales. De lo contrario, al nominador o funcionario competente se le podrá iniciar la respectiva acción disciplinaria.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó. Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Harold Herreño Suárez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública"

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:56:00