



Función Pública

Concepto 157891 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000157891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000157891

Fecha: 28/04/2022 09:38:12 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Provisión. RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Radicado: 20229000148952 del 1 de abril de 2022.

En atención a la radiación de la referencia, en la cual eleva las siguientes preguntas:

"1. Existe la posibilidad de que no todos los cargos ofertados sean ocupados, por lo tanto, en el caso de que alguno de los cargos convocados y que tienen los mismos requisitos, No sea provisto de manera definitiva con ocasión al concurso de méritos a desarrollarse, de qué manera el Municipio determinará, el empleado en condición en provisionalidad a retirar de la entidad. Es decir, si de 10 profesionales o técnicos convocados solo sean provistos 5 cargos y 5 contienen en provisionalidad, como escogerá El municipio los 5 provisionales que mantendrán su nombramiento.

2. Como es previsible, existe la posibilidad de que no todos los cargos que hoy se encuentran en condición de encargo sean provisto de manera definitiva con ocasión al concurso de méritos a desarrollarse. De qué manera el Municipio determinará a que funcionario se le terminará el encargo?

3. En el caso del funcionario de nivel asistencial que se encuentra ocupando un cargo vacante como técnico administrativo, haciendo uso de su derecho preferencial de encargo y este cargo sea provisto de manera definitiva con ocasión al concurso de méritos a desarrollarse y como consecuencia deba regresar a su cargo de nivel asistencial, solicito me informe que aspectos se deben tener en cuenta para determinar que funcionario en provisionalidad será desvinculado del cargo.

4. Por lo anterior se solicita un pronunciamiento claro de parte de la entidad, para determinar en caso de ocuparse las vacantes hoy suplidas con funcionarios en provisionalidad, las razones para escoger entre la planta de personal, a la persona a la cual se le terminará su vinculación laboral.

Se da respuesta a cada una de ellas en los siguientes términos.

En primer lugar, se precisa que este Departamento Administrativo en ejercicio de las funciones descritas en el Decreto 430 de 2016¹, 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 de los casos particulares, por lo tanto, solo se dará información general respecto de los temas objeto de consulta.

1. Existe la posibilidad de que no todos los cargos ofertados sean ocupados, por lo tanto, en el caso de que alguno de los cargos convocados y que tienen los mismos requisitos, No sea provisto de manera definitiva con ocasión al concurso de méritos a desarrollarse, de qué manera el

Municipio determinará, el empleado en condición en provisionalidad a retirar de la entidad. Es decir, si de 10 profesionales o técnicos convocados solo sean provistos 5 cargos y 5 contienen en provisionalidad, como escogerá El municipio los 5 provisionales que mantendrán su nombramiento.”

Sobre la provisión de empleos, 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 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo, o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.
2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.
3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo..

ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)” (Subrayado nuestro).

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función, así mismo, se indica que los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y no se encuentren inhabilitadas.

De conformidad con lo anterior, y dando respuesta a su primer interrogante, es importante precisar que la finalidad del concurso público de méritos es la provisión definitiva de todos los cargos de carrera administrativa, de manera que por regla general una vez adelantado el concurso se deberá dar una provisión total de los empleos, dando uso a las listas de elegibles.

Ahora bien, en caso que no hayan elegibles para algunos empleos, la entidad deberá verificar si existen casos que requieran acciones afirmativa como son los casos de protección especial dispuesta para los empleados que se encuentren en debilidad manifiesta en los términos del artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015, que si bien es cierto, no puede entenderse a manera de conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, adonde deberán prevalecer los derechos de quienes ganan concurso de méritos; es precedente

dar aplicación en la medida de lo posible a la obligación jurídico constitucional de trato preferencial como medida de acción afirmativa, previo a proceder la entidad a nombrar a quienes superaron el concurso de méritos, de manera que, en caso de ser procedente, sean los últimos en removerse.

Ahora bien, en caso de que no sea posible la provisión del empleo como resultado del concurso, la persona que lo esté ocupando en provisionalidad permanecerá en el empleo en tanto este se ocupe de manera definitiva.

1. "Como es previsible, existe la posibilidad de que no todos los cargos que hoy se encuentran en condición de encargo sean provisto de manera definitiva con ocasión al concurso de méritos a desarrollarse. De qué manera el Municipio determinará a que funcionario se le terminará el encargo?" SIC

Para dar respuesta a su segunda pregunta, se tiene que la Ley 909 de 2004², respecto del encargo, 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.

PARÁGRAFO 2°. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servido Civil a través del medio que esta indique.

Por su parte el Decreto 1083 de 2015³, frente a la terminación del encargo, dispone:

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.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.46 Reintegro al empleo al vencimiento del encargo. Al vencimiento del encargo la persona que lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y asumirá las del empleo del cual es titular, en caso de no estarlos desempeñando simultáneamente.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa tendrán derecho a ser encargados, 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.

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que la terminación procede siempre y cuando se motive, situación que está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado en encargo debe conocer las razones por las cuales se le da por terminado su encargo para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

Así mismo, respecto del mismo tema, la Comisión Nacional del Servicio Civil el Criterio Unificado sobre provisión de empleos públicos mediante

encargo, del 13 de diciembre de 2018, estableció lo siguiente:

“¿Es posible terminar un encargo antes de su vencimiento o de su prórroga?

De conformidad con el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 648 de 2017, antes de cumplirse el término de duración del encargo o de su prórroga, el nominador, por resolución motivada, podía darlo por terminado.

Aunque la norma no especifica las causales para dar por terminado un encargo, entre las razones más comunes para ello tenemos:

1. La provisión definitiva del empleo a través del concurso de méritos respectivo;
2. Imposición de sanciones disciplinarias consistente en suspensión o destitución;
3. La cualificación definitiva no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral del encargo, (iv) La renuncia del empleado al encargo,
4. La pérdida de derechos de carrera y;
5. Cuando se acepte la designación o nombramiento para el ejercicio de otro empleo.”

Por lo tanto, y para dar respuesta a su pregunta, se tiene que, el empleado con derechos de carrera administrativa encargado, mediante resolución motivada por el nominadora, podrá darlo por terminado en cualquier momento, por las causales ya indicadas; (por La provisión definitiva del empleo a través del concurso de méritos respectivo; imposición de sanciones disciplinarias consistente en suspensión o destitución; la calificación definitiva no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral del encargo, la renuncia del empleado al encargo, la pérdida de derechos de carrera y; cuando se acepte la designación o nombramiento para el ejercicio de otro empleo), es decir, si como resultado del concurso, no fue posible suplir una vacante definitivamente, quien la ocupa en encargo podrá permanecer en el empleo en dicha situación administrativa.

2. En el caso del funcionario de nivel asistencial que se encuentra ocupando un cargo vacante como técnico administrativo, haciendo uso de su derecho preferencial de encargo y este cargo sea provisto de manera definitiva con ocasión al concurso de méritos a desarrollarse y como consecuencia deba regresar a su cargo de nivel asistencial, solicito me informe que aspectos se deben tener en cuenta para determinar que funcionario en provisionalidad será desvinculado del cargo.

Al respecto de su tercer interrogante, se reitera que, si bien el empleado con derechos de carrera administrativa cuenta con derecho preferencial a ser encargado, el nominador mediante resolución motivada, podrá darlo por terminado en cualquier momento, por las siguientes causales:

Por la provisión definitiva del empleo a través del concurso de méritos respectivo;

La imposición de sanciones disciplinarias consistente en suspensión o destitución;

La calificación definitiva no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral del encargo,

La renuncia del empleado al encargo, la pérdida de derechos de carrera y;

Cuando se acepte la designación o nombramiento para el ejercicio de otro empleo.

En consecuencia, y teniendo como precepto la información relacionada en su comunicación la provisión definitiva del empleo a través del concurso de méritos respectivo es una causal legalmente aceptada para dar por terminado un encargo, evento en el cual el empleado encargado deberá volver de manera inmediata al cargo sobre el cual posee derechos de carrera administrativa.

3. “Por lo anterior se solicita un pronunciamiento claro de parte de la entidad, para determinar en caso de ocuparse las vacantes hoy suplidas con funcionarios en provisionalidad, las razones para escoger entre la planta de personal, a la persona a la cual se le terminará su vinculación laboral”.

Respecto de su último interrogante, la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015, 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”.

Del mismo modo, la Corte Constitucional mediante sentencia de Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio], consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

“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 son, 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 del texto original).

De conformidad con lo anterior y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, de manera que pueda si es su deseo ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas legalmente aceptadas, como lo son las 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).

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En consecuencia, cuando se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, independientemente del tiempo de servicio, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón atinente al servicio que está prestando el servidor.

Es decir, el retiro del provisional será procedente, siempre y cuando el mismo sea por alguna de las razones que se han indicado.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link [/web/eva/gestor-normativo](#), «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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Harold Israel Herreño.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

¹“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”.

²Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

³Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:32:58