



Concepto 119911 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000119911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000119911

Fecha: 23/03/2022 11:20:16 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Empleado Provisional. MOVIMIENTO DE PERSONAL. Traslado Radicado: 20229000092552 del 21 de febrero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a la siguiente consulta:

Solicita se le aclare sobre los derechos de permanencia, que tiene sobre el empleo en provisionalidad que ocupaba antes de ser trasladada y del cual fue retirada.

Frente a la consulta anterior, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La figura de encargo y la vinculación por nombramiento provisional son formas temporales de provisión de vacantes en empleos de carrera administrativa, de acuerdo con el Artículo 1 de la Ley 1960 de 2019¹:

“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 el mismo sentido la Ley 909 de 2004, reza:

ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

El Decreto 1083 de 2015², sigue desarrollando disposiciones sobre el encargo y nombramiento temporal, establece:

"DECRETO 1083 DE 2015. (...)

ARTÍCULO 2.2.5.3.1 *Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda. (Subrayado nuestro)

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. (...) (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la normatividad citada, la figura de encargo puede ser utilizada como mecanismo transitorio para proveer una vacante en empleos de carrera, durante el tiempo que dure el proceso de selección para proveerla de manera definitiva con quien supere el concurso de méritos, de manera prevalente son los empleados de carrera quienes tienen derecho a ser encargados si acreditan todos los requisitos para su ejercicio. En el evento en que no exista personal de carrera en la entidad que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada, resulta procedente el nombramiento provisional, o se puede recurrir a otra figura para proveer la vacante.

De otro modo, en cuanto a la terminación anticipada del encargo o nombramiento en provisionalidad, el Artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, reza:

"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".*

El retiro anticipado del empleado en provisionalidad debe ser motivado, esto fundamentado en las diferentes sentencias emitidas por la Corte Constitucional³ en las cuales se sostiene que el empleado tiene el derecho de conocer las razones por las cuales se procede a desvincularlo de su cargo anticipadamente y así puede ejercer su derecho a la contradicción, a través de los recursos de reposición y apelación en los términos del Artículo 76 de la Ley 1437 de 2011⁴.

La Corte Constitucional en Sentencia **SU-917** de 2010, expresa, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, lo siguiente:

"En síntesis, la Corte concluye 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 conserve incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. (...)

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" (Subrayado nuestro).

Según la normatividad citada y lo conceptuado por la Corte Constitucional 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, imposición de sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto, la Corte también dictamina que los motivos de terminación pueden ser aquellos que se fundamentan en la realización de los principios que orientan la función administrativa.

Es decir que los empleados públicos que ocupan un cargo de carrera administrativa en nombramiento provisional tienen una estabilidad laboral relativa, puesto que, únicamente pueden ser removidos de manera anticipada por causas legales que obran como razones objetivas y tienen que ser expresadas claramente en el acto de desvinculación.

Por otra parte, en la misma norma⁵, en sus Artículos 2.2.5.4.1 y 2.2.5.4.2, establece que el traslado puede efectuarse dentro de la misma entidad u otra diferentes cuando un servidor en servicio activo es trasladado de un cargo a otro que se encuentra en vacante de manera definitiva, de la misma categoría, con funciones afines a las que desempeñaba, con la exigencia de requisitos similares, por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el trabajador; también puede solicitarlo el empleado, sí esto no perjudica al servicio.

En cuanto a la necesidad del servicio la Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, el 18 de febrero de 2002, expediente T-507135, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, expresó:

“Los cargos o empleos no son creados en función de quienes los van a desempeñar, sino de acuerdo a las necesidades de la organización y a los objetivos y funciones que le sean asignadas por la Constitución y la ley. Por lo tanto, son los aspirantes quienes deben acomodarse y cumplir con los requisitos y exigencias pre - establecidas para cada cargo o empleo. Concluyendo se tiene, que el empleo o cargo junto con su asignación salarial no se establece de acuerdo a la persona o individuo que lo va a desempeñar o con quien va a ser provisto, sino independientemente de ella y previamente a su provisión.”

El Consejo de Estado, mediante concepto [No.1047](#) del 13 de noviembre de 1997, donde señaló:

“El traslado... procede por necesidades del servicio, “siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado”; también a solicitud del funcionario interesado, sí el movimiento no perjudica al servicio. Es decir, cuando el traslado se origina en la administración no puede conllevar condiciones desfavorables al servidor, y cuando proviene de la iniciativa del empleado interesado, no puede serlo en detrimento del servicio.

Las normas que regulan el régimen de traslados son comunes tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción como para los de carrera administrativa, en lo que no resulte incompatible con los estatutos de carreras especiales, porque se trata de disposiciones sobre administración de personal y no propiamente de carrera.” (Subrayado nuestro).

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado aclaran que él jefe de la entidad u órgano Estatal, está facultado para realizar movimiento del personal en razón de necesidad del servicio, puesto que los cargos o empleos, son creados de acuerdo a las necesidades de la organización y a los objetivos de las funciones que le sean asignadas por la ley y la Constitución, no en función de quien los van a desempeñar, además, la figura del traslado y las condiciones aplicables para el mismo, a la luz de la norma, no son restrictivas, es decir, lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, respecto del traslado es aplicable a los empleados en servicio activo, sin distinción en su vinculación.

En resumen, la entidad podrá realizar traslado en virtud de necesidad del servicio a los funcionarios sin distinción de vinculación siempre y cuando, el mismo, no implique condiciones menos favorables para el empleado, la terminación del nombramiento en provisionalidad podrá darse anticipadamente siempre y en cuanto el acto de retiro se encuentre debidamente motivado, el cargo de carrera que quede en vacancia temporal, si la entidad necesita proveerlo, se puede llevar a cabo mediante la figura de encargo con derecho prevalente de ser ocupado por un empleado de carrera y excepcionalmente mediante nombramiento provisional.

Finalmente, 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: Lizeth Rumbo.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.
2. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
3. Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
4. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
5. Decreto 1083 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:06:00