



Concepto 101571 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000101571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000101571

Fecha: 10/03/2023 09:02:36 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Empleado Provisional. Provisión definitiva del empleo. Acciones afirmativas. RADICACIÓN. 20232060083842 de fecha 07 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita alcance a una consulta anterior, mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con las acciones afirmativas como medidas de protección, me permito manifestar lo siguiente frente a cada uno:

“¿Si la entidad va a realizar una acción afirmativa de las referidas en el Decreto 1083 de 2015, puede omitir los pasos que deben surtir para la provisión de un empleo de carrera en vacancia temporal o definitiva dentro de la planta global, pasos estos que se encuentran reglados en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto en mención?”

El Decreto 1083 de 2015¹, con relación a la provisión de vacantes temporales y definitivas, establece:

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.

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.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa,

previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

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.

PARÁGRAFO. *Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales se efectuarán por el tiempo que dure la misma.*"
(Subrayado fuera del texto)

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que las entidades públicas no pueden omitir las disposiciones normativas que existen para proveer vacancias definitivas y temporales como medida afirmativa, toda vez que tiene prioridad la figura de encargo para proveer tales vacantes. En caso de que no se puedan proveer mediante encargo, la entidad si podrá realizar nombramientos provisionales como acción afirmativa como protección de los servidores con alguna condición especial.

"¿Las acciones afirmativas para los prepensionados en una entidad con régimen de carrera específico también se deben regir por lo dispuesto en la Ley 2040 de 2020 y el Decreto 1415 de 2021?"

Sea lo primero mencionar que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, corresponde a una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Las unidades administrativas especiales con personería jurídica son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos.

Ahora bien, es importante indicar que, si bien conforme a las disposiciones de la Circular No. 2019100000097 del 28 de junio de 2019² expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo previsto en el artículo 263 de la Ley 1955 del 2019 no es aplicable a los Regímenes Específicos de Carrera, las disposiciones de la Ley 2040 de 2020 señalan:

"ARTÍCULO 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto impulsar el empleo de las personas adultas mayores que no gozan de pensión, promoviendo la autonomía y autosuficiencia económica del adulto mayor, garantizando así el envejecimiento activo, satisfactorio y saludable de la población colombiana."

Adicionalmente, el Decreto 1415 de 2021, modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados. En consecuencia, es pertinente revisar el campo de aplicación del Decreto 1083 de 2015, es cual establece:

"ARTÍCULO 2.1.1.2 Ámbito de Aplicación: Las disposiciones contenidas en el presente decreto son aplicables a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, de acuerdo con la determinación específica que se haga en cada Título de la Parte 2."

De acuerdo con el objeto de la Ley 2040 de 2020 sus disposiciones van dirigidas a impulsar el empleo de las personas adultas mayores, sin distinguir el régimen laboral al que se encuentren vinculados. Adicionalmente, el Decreto 1415 de 2021 adiciona disposiciones al Decreto 1083 de 2015, el cual, dentro de su campo de aplicación, se encuentra todas las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público de acuerdo con la determinación específica de cada título.

Por último, es pertinente señalar que por vía jurisprudencial se ha extendió la protección especial a todos los trabajadores sin importan su forma de contratación o régimen laboral. La Corte Constitucional ha manifestado que el principio de la protección laboral deviene directamente de la Constitución Política.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que las entidades con régimen específico de carrera también están en la obligación de implementar, siempre y cuando sea posible, acciones afirmativas para proteger a los sujetos de especial protección ante la provisión definitiva de los empleos donde estaban nombrados en provisionalidad.

“A la luz de lo previsto en el párrafo 2 del artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, según el cual dispone que es procedente que los servidores en provisionalidad “(...) sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes”, como acción afirmativa, con ocasión de la vinculación en periodo de prueba de quienes concursaron para esos empleos, ¿cómo es procedente la utilización de reubicación o de traslado dado su alcance conceptual regulado? (...) ¿Es procedentes, de cara a hacer efectiva la permanencia de servidores en virtud de acciones afirmativas, proveer a través de la figura de traslado empleos en vacancia temporales?

El Decreto 1083 de 2015, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:

(...)

Período de prueba en otro empleo de carrera.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

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.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.4.2 Traslado o permuta. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto en este decreto.

El traslado o permuta procede entre organismos del orden nacional y territorial.”

Conforme a la norma, las vacantes temporales en empleos de carrera serán provistas mediante encargo con empleados de carrera. En caso de que no fuera posible, se podrán hacer mediante nombramiento provisional. Adicionalmente, es importante mencionar que el traslado o permuta se aplicará únicamente para proveer con un empleado en servicio activo un cargo con vacancia definitiva.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que no es viable el traslado de un empleado en servicio activo para proveer una vacancia temporal de un empleo de carrera administrativa.

“Se reitera la pregunta realizada en la primera solicitud de concepto, referida a ¿En qué orden de prioridad se deben tener en cuenta los servidores públicos que tienen las condiciones descritas en el párrafo 2° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 para proveer empleos de carácter temporal como acción afirmativa referida en el párrafo 3 de la misma norma, teniendo en cuenta que conforme lo dispuesto en numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, la Sentencia C-288 de 2014 y el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, se debe agotar de manera descendente la provisión de empleos temporales con: a. Lista de elegibles conforme lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil; b. Luego con los servidores con derechos de carrera que tienen derecho preferencial a encargo; y por último, c. ¿Con proceso meritocrático que garantice el acceso a los empleos por libre concurrencia?”

De acuerdo con la Ley 909 de 2004³, las entidades y organismos públicos podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, siempre que requiera cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; desarrollar programas o proyectos de duración determinada; suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; o para desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Señala igualmente la norma, que el ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁴ se encargó de reglamentar el tema en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.1 Definición. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el ARTÍCULO 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ARTÍCULO 2.2.1.1.4. Nombramiento en el empleo temporal. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

PARÁGRAFO. *A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.3.5. Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

En caso de ausencia de personal de carrera, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad. Para la valoración de las capacidades y competencias de los candidatos la entidad establecerá criterios objetivos.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal será por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, el cual se deberá definir en el acto de nombramiento” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

La Corte Constitucional mediante sentencia C-288 de 2014 manifestó respecto de la provisión de los empleos temporales lo siguiente:

“(…) La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros:

(i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el Artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

(ii) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad.

(iii) Se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación.

(iv) El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.”

Por último, es pertinente mencionar la Circular Externa 2023RS005458 del 01 de febrero de 2023⁵, mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, señala:

“En este sentido y de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial vigente, una vez las entidades cuenten con empleos temporales para su provisión, deberán tener en cuenta el siguiente orden; a saber:

1) Uso de listas de elegibles vigentes.

2) Encargo de servidores con derechos de carrera administrativa.

3) Proceso de selección que garantice la libre concurrencia, en el que se valore las capacidades y competencias de los candidatos a través de criterios objetivos.

(...)

Finalmente se precisa que, cada vez que la entidad requiera la provisión de un empleo temporal, deberá solicitar a la CNSC el uso de listas de elegibles, de acuerdo con el procedimiento aquí señalado.

(...)

En el evento en que no existan listas de elegibles vigentes para la entidad o que, agotado el listado remitido por la CNSC, no sea posible la provisión de los empleos temporales, esta deberá agotar el siguiente orden de provisión mediante el encargo de servidores con derechos de carrera administrativa, teniendo en cuenta las siguientes precisiones.

(...)” (Negrilla y subrayado original del texto)

En consecuencia y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el nominador, al momento de proveer los empleos de las plantas temporales, bien sea de manera inicial o por que se haya presentado una vacancia definitiva, deberá solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer. En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño.

Si no hay personal de carrera que pueda ser encargado de dichos empleos, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación en la página web de la entidad de la convocatoria para la provisión de los empleos temporales.

Con relación a las acciones afirmativas referidas en el Decreto 1083 de 2015, se reitera que estas se deberán implementar siempre y cuando la

entidad tenga la posibilidad de hacerlo. No obstante, la entidad deberá inicialmente aplicar el orden señalado para la provisión de plantas temporales y una vez agotado dicho orden si podrá implementar las acciones afirmativas que considere procedentes.

“En el contexto legal, reglamentario y jurisprudencial invocado en este análisis ¿cuál sería el sustento normativo (si lo hay) para vincular en empleos vacantes de la PLANTA TEMPORAL a las personas que tienen situaciones de protección especial en el entre tanto que la entidad competente ejecuta la verificación de disponibilidad de listas para la provisión de esos empleos, con elegibles de las listas?”

Se reitera lo manifestado en la pregunta anterior.

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: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

²Lineamientos para dar cumplimiento al artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 "Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad.

³Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁴Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

⁵LINEAMIENTOS PARA LA PROVISIÓN DE EMPLEOS TEMPORALES

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:33:07