



Concepto 187451 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000187451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000187451

Fecha: 12/05/2023 03:54:18 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Empleada provisional que supera un concurso de méritos en la misma entidad. PRESTACIONES SOCIALES. Liquidación y pago. - Sin solución de continuidad. CARRERA ADMINISTRATIVA. Lista de Elegibles. RAD. 20239000220922 del 16 de abril de 2023.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual eleva a este Departamento Administrativo una serie de inquietudes relacionadas con una empleada provisional que supera un concurso de méritos en la misma entidad, al respecto y con el fin de atender su solicitud, se procederá a presentar las siguientes consideraciones de carácter general, y al final se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos.

Sea lo primero señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Ahora bien, puntualmente frente a sus interrogantes, tenemos que, la Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, consagra:

«ARTICULO 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.» (Subrayado nuestro).

De la misma manera, la Ley 909 de 2004², al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política, reglamenta el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, 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 libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

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.

(...)

Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

(...)

Artículo 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.» (Destacado nuestro)

De conformidad con la normativa en cita, los empleos de libre nombramiento y remoción se proveen mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento legalmente establecido. Mientras que, los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas seleccionadas por el sistema de mérito. En otras palabras, el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa es exclusivamente con base en el mérito, garantizando la transparencia y la objetividad, mediante procesos de selección abiertos para quienes acrediten los requisitos para su desempeño sin discriminación alguna.

De otra parte, con respecto a los nombramientos en periodo de prueba, la Ley 909 de 2004³, artículo 31, numeral 5°, sostiene:

«**ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO**

(...)

PERÍODO DE PRUEBA. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.» (Subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, los derechos de carrera los adquiere el empleado público cuando ha sido nombrado en período de prueba, previo concurso abierto, y lo ha superado por haber obtenido calificación satisfactoria al finalizar el mismo.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁴, sobre el nombramiento y la posesión, establece:

«**ARTÍCULO 2.2.5.1.6 Comunicación y término para aceptar el nombramiento.** El acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo.

ARTÍCULO 2.2.5.1.7 Plazos para la posesión. Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora.»

Igualmente, la Ley 4ª de 1913⁵, regula lo concerniente al concepto de días hábiles, así:

«**ARTICULO 62.** En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.» (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, la persona designada en un empleo público tiene 10 días hábiles para aceptar o rechazar el nombramiento contados a partir del recibo de la comunicación escrita. Una vez aceptado el nombramiento, la persona debe posesionarse dentro de los 10 días hábiles siguientes los cuales pueden prorrogarse por hasta 90 días hábiles más, cuando la persona no resida en el lugar del empleo o por causa justificada a juicio del nominador; para todos los eventos dicha ampliación debe constar por escrito.

De otra parte, con respecto a la continuidad en las prestaciones sociales, el Diccionario de la Lengua Española Tomo II, define SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD como: Interrupción o falta de continuidad.

Por consiguiente, la solución de continuidad es la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende sin solución de continuidad cuando la prestación del servicio es continua, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.

La no solución de continuidad en el servicio, o la interrupción, ocurre, en dos eventos, cuando:

- Hay un servicio discontinuo, es decir, aquel realizado por el empleado público bajo una misma relación laboral, pero con suspensiones o interrupciones en la labor, autorizadas por la ley, como el caso de licencias, servicio militar y otras situaciones similares, sin terminación del vínculo laboral.
- Transcurre un intervalo sin relación laboral, por disposición legal, no es posible acumularse el tiempo servido entre una y otra entidad.

En consecuencia, la no solución de continuidad se predica en aquellos casos en los cuales haya terminación del vínculo laboral con una entidad y una nueva vinculación en la misma entidad o el ingreso a otra. De igual manera, debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal en materia de prestaciones, salarios y beneficios laborales la cual, establece el número de días de interrupción del vínculo que no implicarán solución de continuidad.

De acuerdo con lo señalado, teniendo en cuenta que la solución de continuidad únicamente se encontraba en nuestro sistema legal para el reconocimiento de las vacaciones, en el artículo 10 del decreto 1045 de 1978⁶, norma que fue estudiada por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de noviembre 15 de 2007 y en el cual señaló lo siguiente:

«La figura de la "no solución de continuidad", descrita en el artículo 10 del decreto 1045 de 1978, tuvo aplicación en nuestro sistema por cuanto no existía norma que permitiera el pago proporcional de las vacaciones y de la prima de vacaciones de los empleados públicos al momento de su retiro de una entidad estatal con el fin de que no perdiera ese tiempo de servicios. Con la expedición de la Ley 955 de 2005 y el decreto 404 de 2006, que incorporaron al sistema laboral administrativo el pago proporcional de dichas prestaciones, pierde vigencia dicha disposición.»
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se considera que al ser la "no solución de continuidad" una situación excepcional, debe encontrarse expresamente prevista su procedencia, razón por la cual, al perder vigencia, actualmente no es posible aplicar esa figura.

No obstante, esta dirección jurídica ha considerado viable que la liquidación de los elementos salariales y prestacionales se realiza cuando el empleado público se retira efectivamente de la entidad, en ese sentido, se considera que la relación laboral del empleado público que renuncia a su empleo y se posesiona inmediatamente en otro cargo en la misma entidad, no sufre interrupciones y por lo tanto el tiempo de servicios será acumulado para todos los efectos.

Así las cosas, si el empleado continúa prestando sus servicios en la misma administración sin que se produzca retiro efectivo de la entidad, no resulta viable que la administración realice la liquidación de los elementos salariales y prestacionales del cargo que ocupaba, sino que éstas se acumulan y se reconocerán al momento de su causación en el nuevo empleo, salvo que haya un cambio de asignación salarial (siendo menor la del nuevo empleo), toda vez que por principio de favorabilidad, será necesario hacer la liquidación respectiva.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

Para que me llamen a nombramiento me deben liquidar a fin de suscribir un nuevo contrato de trabajo.

R/. El empleado al superar un proceso de selección para proveer de manera definitiva el mismo cargo que ha venido desempeñando en provisionalidad, tiene derecho a continuar devengando los beneficios salariales y prestacionales que venía percibiendo, en los términos que se han dejado establecidos y habrá lugar a la liquidación siempre que, haya un cambio de asignación salarial (siendo menor la del nuevo empleo), por principio de favorabilidad.

Aunado a lo anterior, para ser nombrado en período de prueba, la entidad mediante acto administrativo comunica el nombramiento el cual, debe ser aceptado o rechazado dentro de los 10 días hábiles siguientes. De aceptarlo, la persona debe posesionarse dentro de los 10 días hábiles siguientes. Recuerde, que como se trata de un cargo provisto mediante concurso de méritos, su posesión es en período de prueba por 6 meses término dentro del cual se calificará su desempeño laboral, que de ser satisfactorio se adquieren los derechos de carrera.

Qué pasaría con mis prestaciones sociales.

R/. Se respondió en el interrogante No. 01.

Cuáles con las primas y bonificaciones a las que tengo derecho y cómo me las deben reconocer.

R/. Los elementos prestacionales y salariales a que tienen derecho los empleados del orden territorial, son:

Prestaciones sociales

Conforme al Decreto Ley 1045 de 1978⁷, las prestaciones sociales son: vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de navidad, dotación y cesantías,

De la misma manera, y para efectos de liquidar las prestaciones antes citadas deben tenerse en cuenta los lineamientos establecidos en el Decreto Ley 1045 de 1978 y demás normas concordantes.

Elementos salariales

Asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación y auxilio de transporte reguladas por el Decreto Ley 1042 de 1978⁸ y 473 de 2022⁹.

Es importante mencionar, que sobre las primas y bonificaciones a que tiene derecho el empleado provisional que supera un concurso de méritos en la misma entidad, se precisa que, los salarios y las prestaciones no es necesario liquidarlos por cuanto continúa desempeñando el mismo cargo, estos se reconocerán y pagarán en las fechas establecidas para ello, de acuerdo a la normativa previamente mencionada.

Cuál es el proceso que debe surtir la Entidad para que me llamen al nombramiento.

R/. Para ser nombrado en periodo de prueba, la entidad mediante acto administrativo comunica el nombramiento el cual, debe ser aceptado o rechazado dentro de los 10 días hábiles siguientes. De aceptarlo, la persona debe posesionarse dentro de los 10 días hábiles siguientes.

Recuerde, que como se trata de un cargo provisto mediante concurso de méritos, su posesión es en período de prueba por 6 meses término dentro del cual se calificará su desempeño laboral, que de ser satisfactorio se adquieren los derechos de carrera.

Sino cabe lugar a liquidación o renuncia de mi cargo, ya que es el mismo, en caso de que la calificación del período de prueba sea insatisfactoria y este se declare insubsistente y teniendo en cuenta que soy única en la lista de elegible, puedo continuar con mi cargo en provisionalidad. De ser así en qué otra situación no podría ser posible.

R/. Las normas que regulan la materia, solo consideran la posibilidad de declarar la vacancia temporal y regresar al empleo que ocupaban, cuando el titular es un servidor con derechos de carrera administrativa, de manera que, en el caso de los empleados con nombramiento provisional, se deberá presentar renuncia al empleo, previo a su posesión en periodo de prueba en la misma entidad y en caso de no superar el período de prueba, deberá darse su retiro de la entidad.

Por discriminación, odio o credo político; mi jefe inmediato simplemente puede calificarme insuficiente en el período de prueba.

R/. De conformidad con el Decreto 430 de 2016, esta entidad carece de competencia para pronunciarse sobre las actuaciones internas de cada entidad y sobre sus implicaciones legales; sin embargo, como se encuentra estructurado el sistema del mérito en Colombia, no resulta viable que, por las creencias de un servidor público, le pueda ser calificado de forma insuficiente su período de prueba.

En consecuencia, y dadas las competencias de este Departamento Administrativo, y teniendo como fundamento que no tenemos facultad para intervenir en las situaciones concretas, en el evento en que considere que sus derechos han sido vulnerados, podrá acudir a los organismos de control o vigilancia.

En el momento en que sea llamada al período de prueba y mi jefe se niegue a delegarme funciones, que debo hacer.

R/. En caso de considerar que existe una vulneración de sus derechos, podrá acudir ante la Comisión de Personal de la misma entidad o ante los organismos de control.

Se supone que todas las vacantes se deben ofertar en un concurso de méritos. Si una persona queda de segunda, tercera o cuarta, etc, en la lista de elegibles y se entera que hay cargos similares que no fueron publicados, esta persona puede solicitar dicha vacante. De ser así, cuál es el proceso a seguir.

R/. Ley 909 de 2004¹⁰ señala sobre las reglas para el concurso de carrera administrativa, determinando en el artículo 31 las etapas del mismo de la siguiente manera:

«ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

(...)

Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.» (Subrayado nuestro)

Por su parte el Decreto 1083 de 2015¹¹ señala:

«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 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 41 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.”

De conformidad con la normativa en cita, en relación a cómo debe proceder el jefe de la entidad una vez la lista de elegible quede en firme, considera esta Dirección Jurídica que, el nominador deberá suplir las vacantes ofertadas en el concurso de méritos por la entidad en estricto orden, es decir, el jefe de la entidad deberá respetar el orden otorgado por la lista de elegibles para ocupar los cargos e igualmente deberá utilizar las listas para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Con 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 <https://www.funcionpublica.gov.co/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: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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

3 Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.

4 Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

5 Sobre régimen político y municipal.

6“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”

7 Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

8«Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones».

9 Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones.

10 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.

11 Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:05:17