



Función Pública

Concepto 180661 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000180661

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000180661

Fecha: 24/05/2021 03:15:17 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Empleado provisional. Radicado: 20212060432152 del 18 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con la procedibilidad de declarar insubsistente a un empleado provisional, teniendo en cuenta que un empleado de carrera administrativa se le terminó comisión en un empleo de periodo, y le asiste el derecho preferencial al encargo en un empleo de carrera por presentar vacancia definitiva, a saber:

"1. ¿Si un funcionario que se reintegra a la entidad a partir del 19 de mayo de 2021, como consecuencia de la terminación de la comisión en un empleo de personero, que se encontraba desempeñando, cumple los requisitos para un empleo de profesional universitario código 219 grado 02, que se encuentra en vacancia definitiva, pero que ya fue provisto mediante nombramiento en provisionalidad el pasado mes de marzo de 2021, tiene derecho a solicitar el encargo en dicho empleo?"

2. ¿Debe darse prelación un funcionario de carrera que solicita un encargo, sobre un empleo que ya se encuentra provisto en provisionalidad?"

3. ¿Es viable terminar un nombramiento provisional en una vacancia definitiva, realizado el pasado mes de marzo de 2021, considerando la solicitud que realiza en la actualidad un funcionario de carrera administrativa que se va a reintegrar a partir del 19 de mayo de 2021?"

Me permito indicarle lo siguiente:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, 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 fuera de texto)

Por lo tanto, los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el Artículo 53 de la Constitución Política.

La Ley 909 de 2004¹, por su parte, modificada por la Ley 1960 de 2019², en cuanto a los concursos, dispone:

"ARTÍCULO 29. El Artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

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.

De conformidad con lo anterior los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

(...)

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 fuera de texto).

De tal manera que, es necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante nombramiento provisional que deseen acceder a un empleo público de carrera administrativa en propiedad participen en los concursos de méritos abiertos en los cuales podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, y de esa forma garantizar los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano.

Ahora bien, con respecto, a los empleos públicos que presentan vacancia definitiva, el Decreto 1083 de 2015³, dispuso lo siguiente, a saber:

“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. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Del aparte normativo expuesto, se tiene que dentro de las entidades u organismos pertenecientes a la Rama Ejecutiva que cuenten con empleos de carrera administrativa vacantes definitivos, podrán proveerse transitoriamente mientras se surte el proceso de selección a través de la figura de encargo o nombramiento provisional.

Abordando su consulta en concreto, y teniendo en cuenta que el empleo que presenta vacancia definitiva se encuentra provisto mediante nombramiento provisional, frente a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015⁴, dispuso:

“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”.

A su vez, en la materia, la Corte Constitucional mediante sentencia⁵ 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).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su

prórroga, procede por acto motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas 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, o razones atinentes al servicio.

Por consiguiente, y para dar respuesta a su primer y segundo interrogante, es importante mencionar que, el empleado que ostenta derechos de carrera administrativa tiene derecho preferencial de encargo, así lo dispuso mediante criterio unificado⁶ la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin embargo, y teniendo en cuenta que para su caso en concreto, el empleo fue provisto mediante nombramiento provisional en tiempo anterior a la terminación de la comisión del empleado que ostenta derechos de carrera administrativa, de acuerdo a lo considerado por la Corte Constitucional, el empleado provisional tiene derecho a permanecer en dicho empleo hasta tanto se surta mediante concurso de méritos o por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones y razones expresas atinentes al servicio.

Por lo tanto, y dando respuesta su tercer interrogante, no es procedente declarar la insubsistencia del empleado vinculado mediante nombramiento provisional en una entidad territorial, teniendo en cuenta que en los términos citados en precedencia por la Corte, solo es constitucionalmente admisible declarar la insubsistencia de un empleado provisional hasta tanto se invoquen 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.

Para más 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 <http://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: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”
2. “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”
3. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”
4. “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”
5. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]
6. Comisión Nacional del Servicio Civil, Criterio Unificado, “Provisión de empleos públicos mediante encargo y comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo” del 13 de agosto de 2019.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:29:39