



Concepto 255121 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000255121

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000255121

Fecha: 19/07/2021 10:09:52 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Derechos de un empleado provisional en caso de un concurso de ascenso. RAD. 20219000494642 del 29 de junio de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa que de acuerdo al proceso de convocatoria para los Municipios de 5 y 6 categoría, el Municipio de Tangua, ofertó 2 cargos del nivel profesional para ascenso, de acuerdo a dos vacantes existentes, para este caso efectivamente se postularon dos funcionarias, una de ellas, está laborando actualmente como técnico administrativo oficina de Sisbén y la otra funcionaria es auxiliar administrativo de la Secretaría de Hacienda, las dos postuladas para ascender al nivel profesional.

- Por lo anterior, me permito solicitar respetuosamente se me informe que acciones debe adelantar la Alcaldía Municipal de Tangua, frente a los cargos provisionales si las dos funcionarias no cumplen los requisitos en la verificación de requisitos mínimos y de hecho no continuaran con el proceso.

Una segunda consulta: en el eventual caso de cumplir los requisitos y ganar el concurso para ascenso, una de las funcionarias postuladas que acciones debe adelantar la Administración Municipal para elegir el cargo de Profesional Universitario postulado y a qué área se designa si existen dos áreas diferentes con cargos provisionales, y que sucede con el cargo sobrante en provisionalidad.

- Tercera consulta: Si ninguna de las funcionarias postuladas para el ascenso en el nivel profesional gana el concurso, la Alcaldía Municipal de Tangua deberá nuevamente postular los cargos en provisionalidad para este mismo concurso de convocatoria para los Municipios de 5 y 6 categoría o qué procedimiento se debe adelantar.

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle lo siguiente.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 125 de la Constitución Política, 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. Señala igualmente la norma que 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; es decir por concurso.

Ahora bien, en cuanto la realización de concursos de ascenso, la Ley 1960 de 2019 establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 2. 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.

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.»

De acuerdo con lo previsto en la normativa transcrita, se tiene que el concurso de ascenso tiene como finalidad permitir al empleado con derechos de carrera administrativa la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera procedente que, en el caso de un concurso de ascenso, un empleado público con derechos de carrera administrativa se postule para un empleo más alto, siempre que cumpla con el perfil y los requisitos que se exigen para el ejercicio del mismo, los cuales deberán estar contenidos en el manual específico de funciones y competencias laborales que tenga adoptado la entidad.

En cuanto a que si se llevara a cabo el concurso de ascenso y la persona que aspira al cargo que ya es de carrera administrativa logra superar las pruebas, en qué condiciones queda el empleado provisional, me permito indicar lo siguiente:

Como se indicó al inicio del presente escrito, 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; es decir por concurso.

Respecto de la provisión de los empleos, el Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

«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:

1. *Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
2. *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.*
3. *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.*
4. *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.»

De acuerdo con lo previsto en el Decreto 1083 de 2015, una forma de proveer definitivamente un empleo de carrera administrativa es 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.

Así las cosas, el Legislador contempló la realización de concursos ascensos con el fin de proveer empleos de carrera administrativa, mediante la aplicación de pruebas que determinen el mérito como factor determinante para suplir dichos cargos, igualmente, señala la norma que una forma para aprovisionar definitivamente un empleo de carrera administrativa es con la persona que ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Por lo anterior, se tiene que, en el caso de retiro de un empleado provisional para proveer el empleo con quien ha superado un concurso de méritos, se encuentra dentro de las causales pertinentes para el retiro del cargo, así lo ha considerado la Corte Constitucional, que, en Sentencia SU-917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

«*El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.*

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

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.

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.” (Subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la Corte, la terminación del nombramiento provisional se debe efectuar mediante 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, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

En este orden de ideas, en el caso de efectuarse un concurso de méritos, se deberá nombrar en el empleo a quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles y en el caso que el empleo se encuentre provisto en forma provisional, se deberá dar por terminado su nombramiento mediante acto motivado.

Es preciso destacar que de conformidad con lo previsto en el Artículo 44 de la Ley 909 de 2004, solamente son beneficiarios de indemnización los empleados con derechos de carrera administrativa, en el caso de supresión del empleo, en consecuencia, se precisa que las normas que regulan la materia, principalmente, el Decreto Ley 2400 de 1968, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 no prevén la indemnización a favor de un empleado público nombrado en provisionalidad retirado del servicio en virtud de la realización de un concurso de méritos.

Por otro lado, de acuerdo con el parágrafo 2º del Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, 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 orden de protección generado en el mencionado Artículo, entre otros, por ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Se considera importante, tener en cuenta lo previsto en el Artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de 2019, que señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 263º. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 9 de la Ley 1033 de 2006.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARÁGRAFO SEGUNDO. *Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.*

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente Artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.”

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.» (Destacado Nuestro)

De acuerdo con lo previsto en la norma, el Legislador estableció una protección al empleado nombrado en provisionalidad nombrado antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares al 25 de mayo de 2019 les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, consistente en que estos empleos serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

En consecuencia, el empleado nombrado en provisionalidad que a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019; es decir, el 25 de mayo de 2019 les faltare tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación podrá continuar en el ejercicio de su empleo en razón a que su cargo no será ofertado en el concurso de méritos que adelante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Finalmente, es importante mencionar que, le corresponderá en todo caso al Jefe de Talento Humano, o a quien haga sus veces, certificar el cumplimiento de requisitos del aspirante al ejercicio del empleo, conforme a las previsiones del manual específico de funciones y de competencias laborales.

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 <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: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:01:04