



Concepto 343451 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000343451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000343451

Fecha: 17/09/2021 11:58:59 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CARRERA ADMINISTRATIVA - Proceso de Selección y/o concurso de méritos. Prepensionado. Radicado: 20212060604592 del 31 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual solicita se revise la posibilidad de hacer una excepción frente a los concursos de méritos adelantados en el marco de la Emergencia Sanitaria generada por el coronavirus (COVID-19), al personal vinculado a los Hospitales Públicos mediante nombramiento provisional y de libre nombramiento y remoción que han prestado servicios por más de 10 años, toda vez que están pronto a pensionarse, y esto podría reconocer a los trabajadores de la salud el compromiso incondicional que ha demostrado durante muchos años, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, en relación con los empleos públicos 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 del texto original)

De manera que, 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 que 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 Constitucional.

En cuanto a los empleos de libre nombramiento y remoción, la misma disposición constitucional los exceptúa de la carrera administrativa, quiere decir que estos empleos no son sometidos a concurso público de méritos.

En ese sentido, es importante mencionar que, el Artículo 5º de la Ley 909 de 2004¹, dispone que los empleos pertenecientes a los organismos y entidades del estado son de carrera administrativa con excepción a los de libre nombramiento y remoción.

Al no contener el carácter de carrera administrativa los empleos de libre nombramiento y remoción, obedece a su naturaleza jurídica que se enmarca en los siguientes criterios:

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales.
- b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.
- f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En cuanto al retiro del servicio de los empleados titulares de estos empleos, en la misma ley se dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)*

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no

motivado". (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la norma transcrita, los empleados cuya vinculación se encuentra en un empleo de libre nombramiento y remoción, pueden ser retirados del servicio por voluntad discrecional del nominador u empleador sin mediar acto administrativo motivado, toda vez que el ejercicio de estos empleos requiere de una especial confianza por parte este.

Ahora bien, teniendo claro lo anteriormente expuesto, el Artículo 2.2.5.2.1. del Decreto 1083 de 2015², describe los casos en los cuales un empleo en una entidad se declara vacante definitivo, y el Artículo subsiguiente por su parte, dispuso lo siguiente sobre su provisión, a saber:

ARTÍCULO 2.2.5.3.1 *Provisión de las vacantes 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.

(...)

Bajo la normativa expuesta, se tiene entonces por una parte, que la provisión de las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo el cumplimiento del lleno de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, por otra, en relación a la vacancia definitiva que presentan los empleos de carrera administrativa, la norma es expresa al disponer que se proveerán por concurso público de méritos de conformidad con la Ley 909 de 2004, y mientras se surte dicho proceso de selección, podrán proveerse transitoriamente mediante encargo y si ello no es procedente, de forma excepcional, podrá acudirse al nombramiento provisional.

En consecuencia, de todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que existe un trato diferencial para los empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, siendo estos últimos de los cuales nos ocuparemos, toda vez que son los que se proveen previo concurso público de méritos.

El Decreto 1298 de 1994³, en la materia, consagra lo siguiente con respecto a los empleos pertenecientes a las entidades descentralizadas que prestan servicios de salud, a saber:

"ARTÍCULO 675. CARRERA ADMINISTRATIVA. *La Carrera Administrativa para los organismos y entidades que se señalan en el presente Libro, tiene como fin mejorar la eficacia de la administración y ofrecer igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender en la Carrera, conforme a las normas del estatuto y su reglamento.*

A los empleos de carrera administrativa de la nación, de las entidades territoriales, y de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, para la organización, administración y prestación de los servicios de salud, se aplicará el régimen previsto en las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992 y, en el Decreto 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, en cuanto sea compatible con dicha Ley y con lo previsto en el presente Estatuto.

Sin embargo, el Consejo Superior del Servicio Civil, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Salud, podrán delegar las funciones correspondientes, que sean indispensables, en las autoridades que, para el efecto, determinen las entidades territoriales.

A los empleados de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados que se encuentren desempeñando un cargo de carrera, sin estar inscritos en la misma, se les aplicará lo dispuesto en los Artículos 5º y 6º. de la Ley 61 de 1987, pero, se podrán tener en cuenta, además del manual general de funciones que para el sector salud expida el Gobierno Nacional, los manuales específicos de cada entidad.

PARÁGRAFO. *Todas las autoridades nominadoras son responsables de la aplicación del régimen de carrera administrativa, so pena de incurrir en causal de mala conducta. En caso de que las entidades públicas sean condenadas, y la sentencia considere que el funcionario, autor de los actos, debe responder en todo, o en parte, la administración podrá repetir contra él, en los términos previstos en el Artículo 78 del Código Contencioso Administrativo.*” (Subrayado fuera del texto original)

A su vez, el Artículo subsiguiente del mismo decreto dispuso:

“ARTÍCULO 676. CONCURSOS. Para la provisión de los empleos de carrera del sector salud se utilizarán dos tipos de concurso, así:

a) *Concurso abierto, es decir, aquel en el cual, pueda participar cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos, siempre que se presente una vacante en un cargo de carrera. Sin embargo, tendrán prelación los empleados ya inscritos en carrera en cualquier entidad del sector salud, quienes podrán, además, convalidar su calificación de servicios por puntaje, en los términos que determine el reglamento, siempre y cuando se observe lo ordenado en el Artículo 76 Decreto 694 de 1975.*

b) *Concurso cerrado, o sea, limitado a los empleados inscritos en carrera de la entidad de que se trate, para la promoción, dentro de grados de un mismo cargo o categoría, caso en el cual se podrá aceptar como puntaje exclusivamente la calificación de servicios. El concurso para ascenso de grado dentro de un mismo cargo o categoría de empleo no genera vacante en los grados inferiores.*

PARÁGRAFO. *Los empleados de carrera que obtengan las mejores calificaciones de servicios, gozarán de un régimen especial de estímulos definidos en el reglamento, en el que se observará especial atención a la capacitación y el desarrollo a este personal.”*

A partir de los preceptos normativos transcritos, se colige que en los organismos y entidades del sector salud, la carrera administrativa tendrá como finalidad el mejorar la eficacia de la administración y ofrecer igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender en la carrera, de conformidad a las normas del estatuto y su reglamento, en donde todas las autoridades nominadoras son responsables de dar aplicación a este régimen de carrera administrativa mencionada, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

De acuerdo a este deber que se endilga a las entidades u organismos que prestan servicios de salud, para el caso en concreto, en las Empresas Sociales del Estado, la provisión de los empleos de carrera vacantes se realizará por medio de dos tipos de concurso, el concurso abierto, en el cual podrá participar cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos para su desempeño, contando con prelación los empleados ya inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa, o por medio de concurso cerrado o limitado, en el cual solo podrán participar los empleados inscritos en carrera, caso en el cual se podrá aceptar como puntaje exclusivamente la calificación de servicios.

Es importante indicar y para dar solución a su tema objeto de consulta, que en varios pronunciamientos⁴ emitidos por la Corte Constitucional se ha concluido lo siguiente con relación a la finalidad del principio constitucional del mérito el cual se inculca dentro de los procesos de selección, a saber:

“La función pública debe ser desarrollada teniendo en cuenta algunos principios constitucionales como, el mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, la transparencia, la celeridad y la publicidad.

La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como

finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa.”

Entonces, el objetivo del concurso público es hacer prevalecer el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”

El concurso público, es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos público se funde en la “evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”. De esta manera, “se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante’.

Esta Corporación ha señalado que si bien con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que, en virtud de ello, serán tenidos en cuenta factores en donde no es posible la objetividad “pues ‘aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.’. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es “desterrar la arbitrariedad” (Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia citada, los empleos públicos pertenecientes a los organismos y entidades del Estado son de carrera administrativa, excepto los de periodo, los trabajadores oficiales, y en este caso, los de libre nombramiento y remoción. Como bien lo expone la Corte Constitucional, analizando la provisión de los empleos de carrera administrativa que presentan vacancia definitiva, la función pública se erige bajo los principios constitucionales del mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, transparencia, entre otros.

En tal sentido, en la Constitución para desarrollar el principio del mérito, condujo a materializarlo a través del concurso público, cuya finalidad no es otra que evitar que dentro de la administración se presenten otros factores diferentes que determinen el ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa, es decir, mediante el mérito se evalúan las calidades de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y no se presente dentro de la administración pública nombramientos arbitrarios o clientelistas que sean diferentes al interés público.

El concurso público de méritos entonces es el procedimiento idóneo por el cual se garantiza una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público, y su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

En consecuencia, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional deberá ser motivado, así también lo expresó la Corte Constitucional⁵, la cual consideró que para los funcionarios nombrados en provisionalidad existe “un cierto grado de protección”, 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.).

Por lo tanto, los empleados de carrera administrativa cuentan con una 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 hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

1.Para concluir entonces y para dar respuesta a su consulta en concreto, el Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, *Por el cual se expide el Plan*

Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad", sobre la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa, dispuso:

"ARTÍCULO 263º. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. (...)

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.

Surrido 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. (Subrayado fuera de texto original)

De acuerdo con lo anterior, como política dispuesta en el Plan Nacional de Desarrollo 2018 -2022, los empleos vacantes de carrera administrativa que se encuentren desempeñando por personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 1955 de 2019, esto es el 25 de mayo de 2019, les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor causa su derecho pensional respectivo.

Es así como, los empleos de carrera administrativa provistos mediante nombramiento provisional que se encuentren en los términos indicados precedentemente deberán proveerse de acuerdo al procedimiento dispuesto en la Ley 909 de 2004 y decretos reglamentarios, para el efecto las listas de elegibles que se conformen en aplicación de esta disposición tendrán una vigencia de tres años, y el jefe de cada organismo deberá reportar ante la CNSC, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de esta Ley.

Por lo anterior, los empleados vinculados con la administración mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 1955 de 2019 (25 de mayo de 2019), le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación, una vez se consolide su derecho a percibir su pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil para ser provistos mediante el mérito.

Finalmente, 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: Harold Herreño.

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

3. "Por el cual se expide el estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud."

4. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 17 de junio de 2010, Referencia: expediente T-2.490.841, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 17 de enero de 2008, Sentencia T-007/08, [MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 09:51:45