Función Pública

Concepto 015051 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000015051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000015051

Fecha: 11/01/2024 10:42:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Estabilidad laboral reforzada Provisión de empleo RAD. 20232061059242 del 29 de noviembre del 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la forma de proveer los empleos cuando se encuentren vacantes, el Decreto 1083 de 2015[1] por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Púbica, señaló:

"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 2.2.5.3.3 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 de texto original)

De lo anterior se destaca principalmente que, conforme a los presupuestos legales, cuando un empleo de carrera esté en vacancia definitiva, éste deberá proveerse mediante concurso de mérito y sólo en el entre tanto, podrá la administración acudir a figuras como el encargo y el nombramiento provisional, para que de manera transitoria se provea el empleo.

Finalmente, señala el Decreto, que cuando se presente una vacancia temporal, el empleo podrá ser desempeñado por empleado de carrera administrativa, en encargo, o por un empleado provisional, cuando lo primero no sea posible; en todo caso, los encargos o nombramientos, tendrán la duración de la respectiva vacancia.

Encargo y nombramiento provisional.

En ese sentido, el artículo 18 del Decreto 2400 de 1968[2],consagra:

"ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo."

A su vez, la Ley 909 de 2004 3, establece:

ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por el Art.1 de la Ley 1960 de 2019) Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño."

Por su parte, el citado Decreto 1083 de 2015, al referirse a los encargos, señaló:

ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado. (...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.

ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique."

De otra parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP, expidieron la Circular Conjunta 117 del 29 de junio de 2019, con relación al tema planteado reza lo siguiente:

"Titulares del derecho de encargo: el encargo deberá recaer en el servidor de carrera administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior, siempre que cumpla con los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

En tal orden, el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004; en ausencia de servidor con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria. Este procedimiento deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá el nombramiento provisional" (Negrilla y subrayado nuestro)

Así mismo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en Criterio Unificado del día 13 de agosto de 2019, frente al particular señaló lo siguiente:

"La Unidad de personal o quien haga sus veces, con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica, el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

En tal orden, para el otorgamiento del derecho de encargo se debe verificar inicialmente el empleo inmediatamente inferior, con el fin de establecer si existe un titular de carrera que acredite todas las condiciones y requisitos definidos por la norma. Así y en ausencia de servidor con calificación sobresaliente en su última evaluación del desempeño laboral, el encargo recaerá en el servidor que en el mismo nivel jerárquico cumpla con los demás requisitos cuente con calificación satisfactoria procedimiento que deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta de personal de la entidad.

De no existir servidor de carrera que reúna los requisitos se podrán tener en cuenta los servidores que acaban de superar el periodo de prueba que, cumpliendo con los demás requisitos para el encargo, hayan obtenido una calificación sobresaliente en la evaluación de dicho periodo de prueba, o en su defecto una calificación satisfactoria". (Negrilla y subrayado nuestro).

Conforme con lo anterior, la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto Ley 2400 de 1968, art. 18) para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente.

Así, cuando se presenta una vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera administrativa, ésta podrá proveerse mediante encargo, únicamente con empleados de carrera siempre que cumplan con los requisitos y el perfil para su desempeño, conforme al mencionado Artículo 1° de Ley 1960 de 2019.

Ahora bien, el jefe de talento humano o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera o de libre nombramiento y remoción que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004; en ausencia del servidor con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria.

Ahora bién, en lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional ha reconocido, que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

El anterior razonamiento, fue impuesto por la Sala Plena de la Corporación, mediante providencia SU-446 de 2011, con Ponencia del Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión, la Corporación planteó que aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

Así las cosas, si bien los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En este mismo sentido y en relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional, ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales, de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Es así que mediante sentencia de unificación SU-446 de 2011 enunciada anteriormente, la Corte Constitucional, se expresó en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de personas que se encuentran en circunstancias especiales como madres y padres cabeza de familia, prepensionados, o personas en situación de discapacidad y que se encuentran ocupando dichos cargos en provisionalidad, argumentando:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

(...)

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, pese a la potestad que tiene la administración de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad, que ocupan un cargo de carrera administrativa, deben observarse previamente unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de la cual son titulares, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran en condiciones especiales: Entre ellos podemos enunciar:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

De esta manera, segun la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, deben tenerse en cuenta las personas con una situación especial, debiendo ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, vincularlos nuevamente en forma provisional, en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. La sentencia SU-446 de 2011 ya mencionada expresó: *"La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".*

Continuando con esta misma línea, referente al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial, por el nombramiento en período de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-901 de 2008, con ponencia del Doctor Mauricio González Cuervo señaló:

"No desconoce la Corte que el artículo 4º del proyecto plantea una diferenciación respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación que suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad (...)" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que un empleado provisional se encuentre dentro una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, no lo exime de ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó, para

proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, por cuanto la Corte Constitucional, refiere que tal discapacidad, no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Así mismo, la Corte Constitucional, mediante sentencia SU- 446 de 2011, ampliamente citada en el presente documento, sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados por concurso, expresó:

"En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

(...)

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia", (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De esta manera, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades, que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estén próximas a pensionarse, o que se encuentren en situación de discapacidad, sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles, resultante de un concurso de méritos, en la cual se señaló: *"(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos". (Subrayado fuera de texto).*

De esta manera, conforme a las normas y jurisprudencia citadas sobre la materia y respondiendo a su consulta, tenemos que los servidores en provisionalidad se encuentran gozando de una *"estabilidad laboral relativa",* ya que deberán ceder la plaza que ocupan bajo dicha modalidad,

entre otras circunstancias, a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos.

Sin embargo y tratándose de empleados en provisionalidad, que se encuentran bajo una condición especial, como en el caso motivo de consulta, antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, deberá la administración tenerlos en cuenta, disponiendo que sean las últimas en ser removidas de su cargo; y en todo caso, en la medida de las posibilidades, vincularlos nuevamente en forma provisional, en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalentes de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.

Por último, es importante aclarar, que el Departamento Administrativo De La Función Pública, no tiene competencia para decidir sobre casos particulares, por lo tanto, la resolución de este tipo de situaciones se encuentra en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativo.

Teniendo en cuenta lo señalado, me permito transcribir su interrogante para darle respuesta, así:

Si un funcionario de carrera administrativa presenta alguna condición especial de vulnerabilidad y se encuentra en derecho preferencial de encargo y el empleo no fue ganado por nadie o es declarado desierto, ¿Cuál es el procedimiento a seguir, debe realizarse un nuevo proceso de derecho preferencial de encargo o el funcionario en encargo puede continuar en el cargo?.
Respondiendo su interrogante, el encargo deberá recaer en el empleado que ocupe el empleo inmediatamente inferior dentro del nivel jerárquico respectivo, dicho análisis deberá realizarse frente al empleo del cual se es titular, por lo que no se tendrá en cuenta el empleo que se ejerza en encargo; cabe recalcar que este derecho procede sólo cuando la autoridad nominadora decide proveer el cargo, temporal o definitivo, pues no es viable obligar a la administración a proveer un empleo, pues ésta depende de las necesidades del servicio y de la decisión del nominador si decide proveer la vacante o dejar en encargo al funcionario quien lo ocupa.

Si la entidad no cuenta con los recursos suficientes para liquidar a los funcionarios a los que con ocasión del concurso de mérito terminan su vinculación laboral con la entidad, qué debe hacer, los cobija el retén social.
De acuerdo con las funciones del departamento administrativo de la función pública no somos competentes para resolver este interrogante.

¿Cuál es el procedimiento y qué requisitos se deben cumplir en relación con los funcionarios que tienen alguna condición de vulnerabilidad, como discapacitados, pre pensionados, mujeres en embarazo, madres cabeza de hogar, desplazados o víctimas de conflictos, quienes deben entregar el cargo con ocasión del concurso de méritos?
De acuerdo con lo anterior la corte constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

¿Las entidades públicas deben contar con alguna política para no desmejorar a los discapacitados, prepensionados, mujeres en embarazo, madres cabeza de hogar, desplazados o víctimas de conflictos vinculados en provisionalidad o en carrera administrativa que se encuentran en encargo?
Se reitera la respuesta dada en el numeral 3

En el evento que no sea posible resolver las peticiones descritas anteriormente, solicito de manera comedida nos informen la línea jurisprudencial que podemos aplicar para estos casos de protección especial.
Se deben tener en cuenta las normas señaladas en el cuerpo del concepto.

Informar de manera precisa y de conformidad con la normatividad legal vigente, cuál es el procedimiento a seguir cuando un empleo no fue ofertado dentro del término establecido por esa Entidad en el proceso de selección, toda vez que para la fecha que se programó para realizar los respectivos reportes de la Territorial 8, el empleo estaba ocupado por un funcionario con derechos de carrera administrativa sobre éste, por lo cual no podía ser ofertado, sin embargo para la fecha actual se encuentra en vacancia definitiva y el empleo de acuerdo al Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de la planta central del Departamento del Quindío solo tiene un (01) cargo, no teniendo por lo tanto empleos iguales o equivalentes.
La provisión de los empleos de carrera administrativa mediante la figura del encargo es procedente con empleados que ostenten derechos de carrera administrativa y es aceptable que se realice para funciones diferentes a las que ejerce en empleado en su cargo en propiedad, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para el empleo en encargo.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, 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: Mcaro

Reviso: Maia Borja

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2"Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones"

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

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 22:24:00