



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20142040150701
Fecha: 17/10/2014 10:14:45 a.m.

Bogotá D. C.,

Señora
MILENYS ARZUZA CARMONA

Referencia: Consulta relacionada con empleos de carrera administrativa y vinculación mediante nombramiento provisional. DAFP 20142060164452 del 06 de octubre de 2014.

Cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, me permito remitir en tres (3) folios, un concepto emitido por nuestra Dirección Jurídica, que desarrolla el tema relacionado con el ingreso a los empleos de carrera administrativa y terminación de nombramientos en provisionalidad, el cual le aclarará las inquietudes planteadas en su petición.

Atentamente;


LUIS FERNANDO NUÑEZ RINCON
Coordinador Grupo de Atención al Ciudadano

Anexo lo enunciado

Karina Tenjo/ Luis Fernando Nuñez

204.34.2

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4060/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20146000138791
Fecha: 29/09/2014 11:11:13 a.m.

Bogotá D.C.

Señora
MARIA VICTORIA RAMIREZ VALENCIA
ramirez.vicky@hotmail.com

REF. EMPLEOS. ¿Puede un empleado con nombramiento provisional participar en los concursos internos de la entidad? ¿Existe protección para que un empleado con nombramiento provisional no sea retirado de la entidad cuando lleva varios años de servicio? **Radicado:** 20149000128452 del 20 de agosto de 2014?

Con relación a los interrogantes planteados en el asunto de la referencia, le informo lo siguiente:

1. Establece el artículo 125 de la Constitución Política que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos debe hacerse previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fija la ley para determinar los méritos de los aspirantes y a su vez el artículo 23 de la 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*", determina que la provisión de los empleos de carrera se hará mediante el sistema de mérito, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso.

Por lo anterior, la forma de proveer un empleo de carrera administrativa es mediante el sistema de mérito, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito. Por consiguiente, los empleados provisionales que desean ingresar o ascender a un cargo de superior jerarquía que se encuentra vacante definitivamente, deberán participar en los procesos de selección convocados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así las cosas, el ingreso, ascenso y permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, a fin de garantizar la transparencia y la objetividad en el ingreso al servicio público.

Ahora bien, la ley 909 de 2004 establece en su artículo 24, que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente, situación que podrá ser hasta por seis (6) meses.

Señala además expresamente el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, que si el empleado que se encuentra desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia.

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

planta de personal de la entidad, no reúne las condiciones y requisitos previstos en la norma, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente; y el parágrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, establece que el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, modificatorio del parágrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad facultada para autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad; caso en el cual deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento en encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

Es de advertir que en virtud del Auto del 5 de mayo de 2014, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente apartes del Decreto 4968 de 2007 y la Circular 005 de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos efectos son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil ha informado mediante la Circular No. 003 del 11 de junio de 2014, que a partir del 12 de junio de 2014, no otorgará autorizaciones para proveer transitoriamente los empleos de carrera a través de encargo o nombramiento en provisionalidad, mientras la suspensión ordenada por el Consejo de Estado continúe; lo que indica que actualmente la prórroga de los nombramientos provisionales que inicialmente fueron autorizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, actualmente no requieren de la autorización de dicha Comisión, siendo la Administración responsable de aplicar las normas obre la materia.

Conforme a lo anotado, respecto de adelantar el procedimiento para la provisión de los empleos de la planta de personal de las entidades del Estado es de competencia del respectivo nominador, así como la provisión transitoria de los empleos mediante nombramiento provisional, toda vez que no existe norma alguna que lo obligue a hacer dichos nombramientos previo concurso de mérito; por consiguiente se trata de un nombramiento que tiene su respaldo en las normas anteriormente citadas.

Para responder el interrogante planteado, concluimos que la solicitud de convocatoria para la provisión de empleos de carrera debe ser formulada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien procederá de conformidad mediante procesos de selección abiertos que garanticen la transparencia y objetividad, sin discriminación alguna, en los que pueden participar todas las personas que cumplan con los requisitos para los respectivos cargos, en igualdad de condiciones.

La ley no contempla un procedimiento de concursos internos, lo que prevé es que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a tí"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4060/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su ejercicio en los términos y condiciones antes señalados, por lo que los empleados provisionales no podrán ser encargados en empleos de carrera administrativa.

2. Finalmente, frente a la protección que establece la ley para que un empleado con nombramiento provisional no sea retirado de la entidad, le informo que en anterior oportunidad esta Dirección Jurídica se pronunció mediante el concepto con radicado No. 20146000072571 del 5 de junio de 2014, el cual remito en tres (3) folios, en el cual se concluyó:

"De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Director Jurídico (E)

Jaime Jiménez/JFCA
600.4.8.



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20146000072571
Fecha: 05/06/2014 05:53:06 p.m.

Bogotá D. C.,

Señora
MARIA ALEJANDRA QUINTERO POVEDA
E-mail: maquintero@miniminasw.gov.co

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Terminación de nombramientos en Provisionalidad
RADICACION. 2014-206-006408-2 del 2 de mayo de 2014

Respetada señora Maria Alejandra:

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

Con relación a la desvinculación de empleados nombrados en la modalidad provisional en empleos públicos de carrera administrativa, es importante tener en cuenta que la Ley 909 de 2004 establece la procedencia de este tipo de nombramientos en el artículo 25, así:

"Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

Con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, señala:

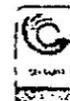
"Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

Así lo expresó en Sentencia T-1022 del 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

"3. Necesidad de motivar los actos administrativos que dan por terminado un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera. Reiteración de jurisprudencia."

¹ Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 del marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1^o de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.





(...)

Por la pertinencia para el caso objeto de análisis, resulta adecuado hacer referencia a los planteamientos contenidos en la sentencia T-464 de junio 12 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, donde esta misma Sala de Revisión señaló en los siguientes términos los postulados básicos de la referida línea jurisprudencial:

"En primer lugar, y de manera general, la Corte ha señalado que los derechos propios de los empleos de carrera administrativa, y particularmente la estabilidad laboral que los caracteriza, no se ve reducida por el hecho de ocupar uno de tales empleos bajo la figura de un nombramiento provisional. En este sentido, esta corporación ha sido contraria a la postura que suele equiparar la situación de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, con la de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, posición que, como es conocido, es esencialmente disponible.

En segundo término, y en lo que hace relación con la procedencia de la tutela para ventilar este tipo de situaciones, ha resallado la Corte que la estabilidad laboral no tiene el carácter de derecho fundamental. Esta consideración, unida a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como específico medio de defensa judicial para controvertir la legalidad de los actos administrativos que decretan una insubsistencia, sustentan la postura jurisprudencial de esta Corte en el sentido de que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para procurar el reintegro del funcionario cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente, al cargo que ocupaba con anterioridad a dicha declaración."

Al tenor de estas consideraciones, también ha sostenido la Corte Constitucional que la acción de tutela resulta procedente para solicitar la completa expresión de los motivos que sustentan la terminación o la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de carrera, cuando quiera que el nominador que la expide no los exprese de manera espontánea y suficiente, en consideración a que no se trata de controvertir la validez o legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo cual existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia que se relaciona con el debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política..."

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

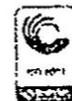
"4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)"

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros 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.). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuales se separa a un funcionario del cargo (...)." (Negrita y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

La Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

"...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 es, 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[56] 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". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

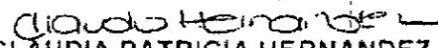
Adicionalmente le manifiesto que mediante la Circular Conjunta No. 00000032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se señaló que las autoridades:

"...al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011 o el vencimiento del término de duración del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados."

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Ruth Gonzalez / JFCA
500.4.8

