

CONCEPTO 46031 DE 2019

(marzo 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. De provisionales en condición de estabilidad laboral reforzada. EMPLEO. Traslado de provisional a cargo en vacancia temporal o definitiva  
Radicado: 2019-206-002595-2 del 25 de enero de 2019

Reciba un cordial saludo,

Acuso recibo de la comunicación de la referencia relacionada con el retiro de los provisionales en condición de estabilidad laboral reforzada con ocasión de la realización del concurso de méritos, así como, la viabilidad de efectuar traslado a cargos de la planta permanente en vacancia temporal o definitiva que no fueron ofertados dentro del concurso de méritos sin tener en cuenta el derecho preferencial de encargo.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política en el artículo [125](#) señala 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.

Por su parte, la Ley 909 de 2004 establece en el artículo [23](#) que los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito, es decir, que el ingreso, el ascenso y la 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, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Sin embargo, mientras se realizan los concursos de méritos correspondientes, las entidades del Estado por necesidades del servicio pueden proveer los empleos de carrera administrativa en forma transitoria, en cuyo caso deben aplicar el procedimiento señalado en las normas vigentes sobre la materia.

Así las cosas, el procedimiento para proveer un empleo de carrera administrativa mediante la figura del encargo, está regulado en el artículo [24](#) de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015. Por tanto, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

En caso de no ser posible el encargo resulta procedente efectuar el nombramiento provisional por el tiempo que dure la vacancia temporal o definitiva, según se trate.

Por su parte, el Decreto [1083](#) de 2015, en cuanto al retiro de los empleados provisionales, señala:

«ARTICULO [2.2.5.3.4](#) Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados»

Igualmente, la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio sobre el tema de retiro de los provisionales, refiere:

«En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace electiva 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, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (...)

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. (Destacado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales tales 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 público.

No obstante lo anterior, y según como lo manifiesta en su comunicación su entidad cuenta con empleados provisionales en situación de estabilidad laboral reforzada, remito para su conocimiento el concepto marco número 09 del 29 de agosto de 2018 proferido por esta Dirección Jurídica mediante el cual se refirió respecto a la desvinculación de los mencionados empleados para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos, concluyendo:

“1. El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. 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.

2. La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que deseen ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.

3. Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que

obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes.

4. La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cada frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art [125](#) C. P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. [13](#) numeral 3o), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. [95](#) ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

6. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

7. Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto [1083](#) de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

8. Por tanto, cuando la lista de elegidos 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 periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
- Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

9. Un tratamiento diferente debe darse en el caso de la empleada provisional embarazada, es procedente su retiro motivado, y para el caso que nos ocupa debe fundarse en provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos. En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en la Sentencia SU-[070](#) de 2013, se debe indicar con fundamento en la misma, que a partir de que surta efectos la terminación del nombramiento de la empleada vinculada con carácter provisional, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen la licencia

de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad.

De otra parte, en relación con la provisión de los empleos en la planta temporal, el artículo [21](#) de la Ley 909 de 2004, señala:

Para la provisión de los empleos temporales, el artículo [2.2.5.3.5](#) del Decreto 1063 de 2015, fundamentado en la sentencia C-288 de 2014, señaló:

«Artículo [2.2.5.3.5](#) Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley [909](#) de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación código y asignación básica del empleo a proveer.

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

En caso de ausencia de personal de carrera, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad. Para la valoración de las capacidades y competencias de los candidatos la entidad establecerá criterios objetivos.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal será por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, el cual se deberá definir en el acto de nombramiento.

En consecuencia, la provisión de los empleos en la planta temporal se efectuará en los términos que se han dejado indicados. De otra parte, respecto al traslado, el Decreto [1083](#) de 2015, establece:

«ARTICULO [2.2.5.4.2](#) Traslado o permuta. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas se ajustarán a lo dispuesto en este decreto.

El traslado o permuta precede entre organismos del orden nacional y territorial.

ARTÍCULO [2.2.5.4.3](#). Reglas generales del traslado. El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.

El traslado podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, siempre que el movimiento no afecte el servicio.

(...)

ARTICULO [2.2.5.4.5](#) Derechos del empleado trasladado. El empleado público de carrera administrativa trasladado conserva los derechos derivados de ella y la antigüedad en el servicio.

Cuando el traslado implique cambio de sede, el empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado, es decir, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su cónyuge o compañero (a) permanente, y sus parientes hasta en el primer grado de consanguinidad, así como también los gastos de transporte de sus muebles.”

(Subrayado fuera de texto).

ARTÍCULO [2.2.5.4.6](#) Reubicación. La reubicación consiste en el cambio de ubicación de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo.

La reubicación de un empleo debe responder a necesidades del servicio y se efectuará mediante acto administrativo proferido por el jefe del organismo nominador, o por quien este haya delegado, el cual deberá ser comunicado al empleado que lo desempeña.

La reubicación del empleo podrá dar lugar al pago de gastos de desplazamiento y ubicación cuando haya cambio de sede en los mismos términos señalados para el traslado.»

Así las cosas, es de anotar que la figura del traslado se encuentra regulada en el Decreto [1083](#) de 2015 por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que estas disposiciones aplican a todos los empleados públicos en entidades con planta estructural, es decir, en la que se establecen formalmente los cargos para cada una de las dependencias presentes en la organización interna de la institución en el decreto de planta de personal correspondiente.

En este entendido, es necesario tener en cuenta que a diferencia de la planta de personal estructural, la planta de personal global consiste en la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

Por lo tanto, si se trata de una entidad que cuenta con planta global debe tenerse en cuenta que esta permite que en forma general se determinen los empleos que se requieren en la respectiva entidad sin que sean designados a una dependencia en particular, lo que permite que sean movidos de una dependencia a otra de acuerdo con las necesidades de la entidad, logrando así una administración más ágil y dinámica con una mejor utilización del recurso humano; es decir, cuando se cuenta con una planta global resulta viable que se reubique a los funcionarios que sea necesario, teniendo en cuenta que no se pueden desconocer las funciones propias de los empleos.

Por consiguiente tratándose de planta de personal global la entidad podrá distribuir los empleos y ubicar el personal de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados

por la entidad, siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el empleado.

Las normas vigentes no le impiden a la entidad reubicar un empleado las veces que sea necesario con la finalidad de acomodar su desempeño laboral a las específicas competencias laborales del empleo y el perfil requerido para su desempeño.

Con fundamento en lo expuesto, acorde con la normativa y la jurisprudencia indicadas en la presente comunicación, se tiene que la Entidad deberá proceder a efectuar los nombramientos en periodo de prueba con las personas que ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles producto del proceso de selección adelantado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En cuanto a los empleados con nombramiento provisional que están en situación estabilidad laboral reforzada, deben ser retirados del servicio con el fin de proveer los empleos respectivos con quienes superaron el concurso de méritos.

No obstante, corresponde a la Administración aplicar medidas afirmativas de tal manera que se proceda con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

En este sentido, una vez la entidad provea los empleos en periodo de prueba que fueron objeto de concurso y que tienen listas de elegibles vigentes, pueden verificar en su planta de personal los empleos vacantes temporal o definitivamente y efectuar un nuevo nombramiento provisional con quienes estén en situación de estabilidad laboral reforzada, sin desconocer el derecho preferencial al encargo con los empleados de carrera.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

<Para consultar la versión original PDF de este documento dirigirse al siguiente link:  
[https://www.avancejuridico.com/docpdf/sena/CONCEPTO\\_DAFP\\_0046031\\_2019.pdf](https://www.avancejuridico.com/docpdf/sena/CONCEPTO_DAFP_0046031_2019.pdf)>



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo