

MEMORANDO

11.100.2
Bogotá,

ICA 08/06/2023 16:09
Al Contestar cite este No.: **20233110002**
Origen: Oficina Asesora Jurídica
Destino: Gerencia General
Anexos: Fol:6

PARA: **JUAN FERNANDO ROA ORTIZ**
Gerencia General (E)

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico No. 010-2023. Consideraciones frente a los nombramientos en forma provisional.

Respetado doctor Juan Fernando:

En atención al numeral 1 del artículo 14 del Decreto 4765 de 2008, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica asesorar a la Gerencia General en la interpretación de las normas constitucionales y legales y en los asuntos jurídicos, para garantizar una adecuada toma de decisiones.

En este contexto, de manera atenta me permito emitir el siguiente concepto jurídico, a través del cual se presentan consideraciones a tener en cuenta para los nombramientos en forma provisional en el Instituto, atendiendo para ello a los principios constitucionales y a la normativa aplicable vigente:

I.TESIS CONCLUSIVA.

El orden para la provisión de las vacancias definitivas de los empleos de carrera se encuentra previsto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, disposición que debe ser acatada por el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA.

Ahora, si agotado el orden dispuesto en la normativa especial no resulta posible la provisión del empleo, el Instituto deberá adelantar el proceso de selección específico y, mientras ello ocurre, debe acudir a las figuras de encargo y, en subsidio, nombramiento en provisionalidad.

II.PROBLEMA JURÍDICO.

Frente a las vacancias definitivas o temporales en empleos de carrera administrativa, cuando no haya personal de carrera para realizar el encargo y no exista lista de elegibles vigente ¿procede de forma excepcional y transitoria el nombramiento en provisionalidad?

III.NORMAS CONTROLANTES.

- Constitución Política de Colombia.

- Ley 909 de 2004.
- Ley 1960 de 2019.
- Decreto 4765 de 2008.
- Decreto 1083 de 2015.

IV.APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

1.El artículo 125 de la Constitución Política establece el régimen de carrera como regla general de vinculación con el Estado, exceptuando los de elección popular, los de libre de nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Asimismo, 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.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado en múltiples oportunidades que el objetivo de la referida disposición es "crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De este modo, ha señalado la Corte, la carrera administrativa se convierte en el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad" . (Subrayas fuera del texto original)

2.En desarrollo del mandato constitucional consagrado en el artículo 125 Superior, el legislador expidió la Ley 909 de 2004 para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera y, en su artículo 27 definió la carrera administrativa así:

"Artículo 27. Carrera administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tienen por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna".

Por su parte, el artículo 28 de la referida Ley 909 de 2004 precisa que en la ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa se deben aplicar principios tales como:

- Mérito.

- Libre concurrencia e igualdad en el ingreso.
- Publicidad.
- Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en la elección de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección.
- Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección.
- Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera.
- Eficacia y eficiencia en los procesos de selección.

En igual sentido, los artículos 29 y 30 *Ibidem* definen que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante concursos o procesos de selección abiertos y de ascenso que serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), a través de contratos o convenios interadministrativos suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin.

3. Ahora bien, las vacantes definitivas en empleos de carrera administrativa se proveen en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso o proceso de selección [sistema de mérito] y, en aquellos casos en los que se esté adelantando el proceso de selección, mientras se surte, el empleo de carrera vacante definitivo puede proveerse transitoriamente a través del encargo o nombramiento provisional.

Así las cosas, la figura del encargo se encuentra consagrada en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, en los siguientes términos:

"Artículo 24. Encargo. 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 se 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 hayan 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 con los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva” . (Subrayas fuera del texto original)

En cuanto al nombramiento en provisionalidad, este opera únicamente cuando dentro de la planta de personal de la entidad no se cuenta con empleados con derechos de carrera que cumplan con los requisitos para el "encargo", frente a lo cual, el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante Concepto 21171 de 2019 indicó:

"Los nombramientos provisionales [son] una forma excepcional y transitoria de proveer temporalmente los cargos vacantes de carrera administrativa, una vez agotado el derecho preferente de encargo, con personas que no fueron seleccionadas mediante el sistema de mérito con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma”. (Subrayas fuera del texto original)

A su vez, el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, refiere que las vacantes temporales en empleos de carrera podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

4. Para el caso concreto de la provisión de empleos de carrera de forma definitiva de las vacantes existentes en la planta de personal del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), conviene mencionar que el 23 de diciembre de 2022 cobró firmeza las Listas de Elegibles del Concurso de Méritos desarrollado en el marco del Acuerdo 1506 de 2020 de la CNSC – Convocatoria Nación 3.

De esta forma, el Instituto a partir de la fecha referenciada debe proceder con el nombramiento de los elegibles, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, esto es, modificar transitoriamente la vigencia de las listas de elegibles para efectos de garantizar la permanencia de los servidores nombrados en provisionalidad que acrediten la condición de pre-pensionados.

Es de precisar que la lista de elegibles solo puede ser usada para proveer los cargos que fueron expresamente ofertados en la convocatoria. No obstante, el Consejo de Estado ha aceptado que la entidad convocante puede disponer de dicha lista para proveer cargos que no hayan sido objeto de oferta en el concurso, siempre que (i) esta regla esté incluida en las bases de la convocatoria y, (ii) los nuevos empleos coincidan con la denominación, naturaleza y perfil de los contenidos en la convocatoria.

En cuanto al orden para la provisión de las vacancias definitivas de los empleos de carrera, el Instituto debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017.

Ahora, si agotado el orden dispuesto en la normativa especial no resulta posible la provisión del empleo, el Instituto deberá adelantar el proceso de selección específico y, mientras ello ocurre, debe acudir a las figuras de encargo y, en subsidio, nombramiento en provisionalidad, bajo las consideraciones desarrolladas en el numeral 3 de la presente comunicación.

5. En armonía con lo expuesto, se hace necesario traer a colación la "Convocatoria 001 de 2022 para proveer empleos de la planta de personal de forma transitoria mediante nombramiento provisional del ICA", la cual en su descripción refiere que no generará derechos de carrera administrativa a los seleccionados; describe las etapas del proceso de selección, y, en términos generales, indica que el Instituto "realizará los nombramientos en provisionalidad a que haya lugar en el orden descendente del listado definitivo de resultados de cada empleo, de forma gradual hasta proveer todas las vacantes.// En el evento en el que no sea posible la provisión del empleo vacante con jóvenes entre 18 y 28 años, el nominador podrá nombrar a quien cumpla con el perfil y los requisitos del empleo a proveer en estricto orden descendente del listado definitivo hasta agotarlo".

Si bien la CNSC o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función, es la única competente para adelantar concursos o procesos de selección abiertos y de ascensos, el Instituto con la "Convocatoria 001 de 2022 para proveer empleos de la planta de personal de forma transitoria mediante nombramiento provisional del ICA" presentó a la ciudadanía una oportunidad para hacer parte de su planta de personal a través de la provisión transitoria, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Esta situación generó una mera expectativa, pero no un derecho adquirido.

En este orden de ideas, desde la inscripción a la "Convocatoria 001 de 2022 para proveer empleos de la planta de personal de forma transitoria mediante nombramiento provisional del ICA", la persona conocía que su participación no le generaría derechos de carrera administrativa pero sí la expectativa de que se realice un nombramiento provisional transitorio.

Si bien a priori no se encuentra que a los participantes de la referida Convocatoria 001 de 2022 se les haya afectado el derecho al debido proceso, es de analizar el alcance frente al principio de la confianza legítima, definido por la Corte Constitucional en Sentencia C-131 de 2004, así:

"El principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica".

Es así como el principio de confianza legítima exige que el Estado respete las reglas previamente establecidas, de tal suerte que los particulares tengan certeza frente a los trámites que deben surtir

ante la administración, pero esto no quiere decir que sus decisiones deban ser inmutables, ya que la administración puede de forma justificada ajustar sus decisiones conforme al ordenamiento jurídico.

Como se observa, el Instituto ante la firmeza de la Lista de Elegibles en el marco del Acuerdo 1506 de 2020 de la CNSC – Convocatoria Nación 3, debió ajustar el alcance de la Convocatoria 001 de 2022 y, de ese modo, garantizar los derechos de quienes se encuentran en dicha lista.

V.CONCLUSIÓN FINAL.

Frente a las vacancias definitivas o temporales en empleos de carrera administrativa, el Instituto debe:

1. Agotar el orden para la provisión de las vacancias definitivas de los empleos de carrera, de conformidad con el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015. (El uso del listado de elegibles se impone solo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre el Instituto, siempre y cuando se trate de empleos ofertados en el respectivo concurso). Si de este proceso no resulta la provisión del empleo;

2. Iniciar el proceso de selección específico y, durante su desarrollo, agotar el derecho preferente de encargo. Si no fuere posible el encargo;

3. Nombrar en provisionalidad, para lo cual se recomienda tener en cuenta el listado de admitidos de la Convocatoria 001 de 2022, siempre y cuando se acredite que el perfil correspondiente cumple con los requisitos del empleo, de acuerdo con el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, máxime si se tiene en cuenta que los servidores en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral.

A la espera que este análisis contribuya a la gestión integral institucional, siendo un parámetro orientador, en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



ANDREA CATALINA GÓMEZ PÉREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C.: Subgerencia Administrativa y Financiera
Grupo de Gestión del Talento Humano
Elaboró: Andrea Catalina Gómez Pérez