



Función Pública

Concepto 114001 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000114001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000114001

Fecha: 21/03/2020 06:36:07 p.m.

Bogotá

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales

Me refiero a su comunicación, dirigida al Ministerio del Trabajo y allegada por ser un asunto de la competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública y en especial de esta Dirección Jurídica. Indica que ocupa un cargo en provisionalidad en la Secretaría de Integración Social y que por no haber superado un concurso, será retirada del servicio pese a padecer una enfermedad profesional, ser madre cabeza de familia y velar por sus padres de la tercera edad.

Como cuestión previa, resulta pertinente aludir el artículo 125 de la Constitución Política que establece que, por regla general, los empleos del Estado son de carrera y se proveen a través de concurso, y el retiro de los mismos se hará por las razones señaladas por la Constitución, por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las otras que determine la ley.

En este mismo sentido, los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, prevén que el nombramiento provisional es de carácter transitorio y procede de manera excepcional, con el propósito de proveer un empleo de carrera cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil para ser nombrados mediante encargo, siendo esta la razón probable por la cual la entidad pública para la que usted labora, determinó vincularla a la planta de personal.

En su escrito no aclara si el concurso que no logró superar corresponde a un concurso de méritos y la eventual declaratoria de insubsistencia será con ocasión de la firmeza de las listas de elegibles y su cargo deberá estar vacante para proceder al nombramiento en periodo de prueba con respecto a quien figure en el primer lugar de las listas de elegibles.

Si este fuese el supuesto, vale la pena también citar la sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener

las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU [917](#) de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo [84](#) del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

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”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa 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 sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Subrayas fuera de texto).

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. [0032](#) del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que 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.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley [909](#) de 2004 y los decretos reglamentarios.”

En este orden de ideas es posible concluir, que el artículo [125](#) de la Constitución Política establece que, por regla general, los empleos del Estado son de carrera y; de conformidad con el artículo [25](#) de la Ley 909 de 2004, cuando dichos empleos se encuentren vacantes y no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera, podrán proveerse de manera provisional, caso en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo [2.2.5.3.4.](#) del Decreto 1083 de 2015, y los criterio expuesto por la Corte Constitucional en sus distintos

pronunciamientos, como en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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 empleado concreto.

Conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, entre las causales para dar por terminado el nombramiento provisional, está la provisión definitiva del respectivo empleo con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles resultado del correspondiente concurso de mérito, realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el ejercicio de sus competencias; de tal forma que si el empleado vinculado con carácter provisional no es la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles, será retirada del servicio mediante acto administrativo motivado y fundamentado en la provisión definitiva del empleo.

Ahora bien, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, cuando la lista de elegibles 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 período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

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

De la norma anterior, se deduce que el retiro del empleado vinculado con carácter provisional, para proveer el cargo en forma definitiva con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles resultado del respectivo concurso de mérito, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta en el orden de protección según lo señalado en la norma anteriormente citada, en primer lugar de protección al empleado provisional que padezca una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:17