



## Concepto 359761 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000359761\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000359761

Fecha: 03/08/2020 04:02:01 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Posesión de forma virtual cargo de libre nombramiento y remoción en emergencia declarada por el COVID 19. RETIRO DEL SERVICIO. Retiro de un empleado con nombramiento provisional durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del COVID 19. RAD. 20202060310962 del 15 de julio de 2020.

En atención al oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual nos trasladan los interrogantes 1,3, 6 y 7, de su consulta, se proviene a efectuar las siguientes consideraciones de carácter general, y al final se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos.

Frente al particular el inciso segundo del artículo 122 de la Constitución política señala que ningún servidor público podrá ejercer su empleo sin haber prestado juramento; es decir sin haberse posesionado. En ese sentido, toda persona que pretenda ejercer un empleo, debe estar precedida de un nombramiento y una posesión.

Respecto de la posesión de los empleados públicos, el Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

*«ARTÍCULO 2.2.5.1.8 Posesión. La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado...»*

De acuerdo con la norma transcrita, quien haya sido nombrado en un empleo público, deberá tomar posesión en el mismo, para tal efecto, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.

En ese sentido, se tiene que, se entiende posesionado en un empleo público quien haya prestado juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, para tal efecto se debe dejar constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.

Frente al particular el Consejo de Estado, en sentencia del 31 de julio de 1980 sostuvo que “El acto de posesión no es un acto administrativo strictu sensu, sino un documento escrito en el que se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión de un cargo público. La posesión de un empleo no es por lo mismo elemento fundamental para probar el ejercicio del cargo, por cuanto es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone, de acuerdo con la ley, y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo.”

Respecto de la posesión de los empleados públicos durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del covid-19, el Decreto Ley 491 de 2020, señala lo siguiente:

*«ARTÍCULO 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.*

*Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.*

*En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.» (Subraya fuera de texto)*

De conformidad con la normativa en cita, se tiene que la notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos, lo cual es aplicable al caso materia de consulta.

Por lo tanto, se tiene que la notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento legal para declarar insubsistente a una persona que está en un cargo en provisionalidad, me permito infórmale:

Los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

Respecto a la terminación de un nombramiento Provisional la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia [SU 917](#) de 2010, lo siguiente:

*«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).*

Así las cosas, según la Corte Constitucional los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

- Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.
- Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.
- Cuando existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

El artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional 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 funcionario concreto.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que 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.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

1) *¿Las posesiones de los cargos de libre nombramiento y remoción, se encuentran suspendidas durante el termino de vigencia de la emergencia nacional que inicio el 22 de marzo de 2020?*

R/. No se encuentran suspendidas, se tiene que la notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos, lo cual es aplicable al caso materia de consulta. Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera procedente se efectúe la posesión en forma virtual prestando juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes, de lo cual se levantará un acta, la firma de la posesión se hará mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios, tal como lo señala el artículo 11 del mencionado Decreto 491 de 2020.

3) *¿Puede ser declarado insubsistente un funcionario del Ministerio del Trabajo de la Dirección Territorial de Casanare que se encuentra en provisionalidad en un cargo de Carrera administrativa, durante el termino de vigencia de la emergencia nacional que inicio el 22 de marzo de 2020?*

R/. Es procedente que durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID 19 se efectúe el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad, no obstante, deberá tener en cuenta lo señalado por el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, anotando, que 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 funcionario concreto.

6) *¿La ausencia de notificación de la resolución de declaración de insubsistencia motivada debidamente conforme a la regla impuesta por la Corte Constitucional en Sentencia SU - 917 de 2010, hace de suyo que el funcionario objeto de dicha resolución siga en funciones hasta tanto no le sea notificada?*

R/. 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.

7) *¿La ausencia de motivación de la resolución de declaración de insubsistencia motivada debidamente conforme a la regla impuesta por la Corte Constitucional en Sentencia SU - 917 de 2010, hace en consecuencia sea susceptible de ser declarada nula?*

R/. De conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular. Por consiguiente, dicha facultad radica en cabeza jueces de la república, teniendo en cuenta el marco legal que se ha dejado descrito.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:50:20*