



Función Pública

Concepto 007631 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000007631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000007631

Fecha: 08/01/2021 05:47:05 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Empleado Provisional ¿Cuál es el procedimiento para la desvinculación de una persona que ostenta un nombramiento en provisionalidad? Radicación No. 20202060619082 del 29 de diciembre de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual consulta respecto de la desvinculación de una persona que ostenta un nombramiento en provisionalidad me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

En ese sentido, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para conceptuar sobre los actos administrativos que se hayan dictado a su interior; la competencia para dirimir este tipo de inquietudes y conflictos que puedan presentarse se encuentra en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Por tanto, de manera general procederemos a conceptuar el respecto de la Ley 550 de 1990 y del retiro de los empleados nombrados en provisionalidad así:

La Ley 550 de 1999 *“Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”* Ley que fue prorrogada hasta el 1o. de julio de 2007, vencido dicho término, solo se aplicará de forma permanente solo a las entidades territoriales y las descentralizadas del mismo orden, de conformidad con el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, donde se establece:

“ARTICULO 1. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY.

(...)

Esta ley se aplicará igualmente a las entidades territoriales, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la misma, y a las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia”

ARTICULO 2. FINES DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA. El Estado intervendrá en la economía conforme a los mandatos de la presente ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

(...).

7. Procurar una óptima estructura administrativa, financiera y contable de las empresas reestructuradas.

(...)

ARTICULO 5. ACUERDO DE REESTRUCTURACION. Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.

El acuerdo de reestructuración deberá constar por escrito, tendrá el plazo que se estipule para su ejecución, sin perjuicio de los plazos especiales que se señalen para la atención de determinadas acreencias, y del que llegue a pactarse en los convenios temporales de concertación laboral previstos en esta ley.

Para la solicitud, promoción, negociación y celebración de un acuerdo de reestructuración, el empresario y sus acreedores podrán actuar directamente o por medio de cualquier clase de apoderados, sin que se requiera la intervención a través de abogados. Un solo apoderado podrá serlo simultáneamente de varios acreedores.

ARTICULO 33. CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACION. Los acuerdos de reestructuración deberán incluir cláusulas que contemplen como mínimo lo siguiente:

(...)

8. El deber del empresario de suministrar al comité de vigilancia, durante la vigencia del acuerdo de reestructuración, toda la información razonable para el adecuado seguimiento del acuerdo con requisitos mínimos de calidad, suficiencia y oportunidad. La recepción de la información impone a los miembros del comité de vigilancia la obligación legal de confidencialidad, la cual no será oponible frente a la Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control sobre el empresario o sobre su actividad.

9. Las obligaciones derivadas del código de conducta empresarial a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.

(...)

13. Las reglas que deba observar la administración en su planeación y ejecución financiera y administrativa, con el objeto de atender oportunamente los créditos pensionales, laborales, de seguridad social y fiscales que surjan durante la ejecución del acuerdo.

(...)

ARTICULO 58. ACUERDOS DE REESTRUCTURACION APLICABLES A LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales:

(...)

2. Para efectos de la celebración del acuerdo, el Gobernador o Alcalde deberá estar debidamente facultado por la Asamblea o Concejo, autorización que comprenderá las operaciones presupuestales necesarias para dar cumplimiento al acuerdo.

3. En el acuerdo de reestructuración se establecerán las reglas que debe aplicar la entidad territorial para su manejo financiero o para la realización de las demás actividades administrativas que tengan implicaciones financieras.

4. Serán ineficaces los actos o contratos que constituyan incumplimiento de las reglas previstas en el acuerdo de reestructuración y por ello no generarán obligación alguna a cargo de la entidad.

(...)

8. La celebración y ejecución de un acuerdo de reestructuración constituye un proyecto regional de inversión prioritario.

(...)

13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho.

14. El contenido mínimo del acuerdo se determinará teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad territorial.

15. Una vez se suscriba el acuerdo de reestructuración y durante la vigencia del mismo, la entidad territorial no podrá incurrir en gasto corriente distinto del autorizado estrictamente el acuerdo para su funcionamiento y el ordenado por disposiciones constitucionales.

16. Las inscripciones previstas por esta ley en el registro mercantil se efectuarán en el registro que llevará el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por lo tanto la Ley 550 de 1999, es de aplicación a las entidades territoriales, por lo cual en desarrollo de los acuerdos en busca de optimizar la administración podrán tomarse medidas respecto al manejo de personal para cumplir las funciones administrativas de la entidad.

Por otro lado, en relación con la desvinculación de un empleado nombrado en provisional me permito informarle que:

Inicialmente es necesario señalar que 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 período 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:

«ARTÍCULO 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 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, 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).

Como se observa, la terminación del nombramiento provisional, 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.

Ahora bien, en relación con su primer y segundo interrogante relacionado con la restructuración de la entidad y el cargo que ocupa, se considera que la entidad deberá dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 550 de 1990, en el sentido de tomar las medidas necesarias respecto al manejo de personal para cumplir las funciones administrativas de la entidad.

Frente a las obligaciones adeudadas por la entidad y la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, en no existe una norma que disponga un término para su liquidación y pago.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación de jurisprudencia, precisó acerca de la importancia del pago oportuno y completo de todas las obligaciones salariales dejadas de cancelar al trabajador. Al respecto dijo lo siguiente:

"a. El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.

"b. La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

" (...).

"h. Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares."

En otra oportunidad, frente a los pagos al momento del retiro señaló:

"En el presente caso, la situación de las demandantes resulta bastante apremiante, máxime cuando, la entidad demandada, no sólo reconoce abiertamente adeudarles los salarios de siete meses, sino que además, confirma que los recursos por concepto de liquidación de las trabajadoras, tampoco les han sido pagados, lo cual resulta más grave aún, pues ha de entenderse que los dineros que todo empleador debe cancelar a los trabajadores al momento de finalizar una relación laboral, tienen como finalidad primordial, la de cubrir las necesidades básicas y elementales que son inaplazables para todo ser humano y que servirán como sustento económico hasta tanto se vincule nuevamente a otro trabajo. Por ello, la imposibilidad por parte de las accionantes, de cumplir a cabalidad sus obligaciones más elementales como vivienda, alimentación y vestuario hace presumir la afectación al mínimo vital, y a las condiciones mínimas de vida digna." (Se subraya)

La misma Corporación ha señalado la indexación, como un medio para resarcir el daño ocasionado por la pérdida adquisitiva de las obligaciones laborales no canceladas a tiempo, frente a la cual ha expresado que *"tal actuación, desarrolla claros principios constitucionales, en especial al que surge del artículo 53 de la C.P., a cuyo tenor la remuneración laboral debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo que se logra normalmente mediante la indización de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado."*

De esta forma, esta Dirección considera que la entidad debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan al finalizar la relación laboral con los servidores, dándose un plazo moderado para tal fin, de tal forma que no se ocasione un perjuicio o ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y sus familias, teniendo en cuenta su nueva situación de desempleados.

En cuanto al pago de cesantías definitivas, la Ley 1071 de 2006 establece que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Dispone la misma norma en su artículo 5° que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de estas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

En relación a su pregunta número tres, respecto al caso de perder un concurso de méritos, se reitera lo dispuesto en 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 empleado concreto.

Con fundamento en lo expuesto, y atendiendo puntualmente su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el hecho que un empleado provisional no haya superado las pruebas dará lugar a que tenga que ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, 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 y normativa relacionados con el tema.

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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó y aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia SU-995 del 9 de diciembre de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2. Sentencia T-936/00

3. [C- 448](#) de 1996

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:55:33