



Función Pública

Concepto 200631 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000200631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000200631

Fecha: 04/06/2021 05:44:03 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: EMPLEO- Empleado vinculado con carácter provisional. Radicación No. 20212060452242 de fecha 31 de Mayo de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza las siguientes preguntas:

1. ¿Qué es un cargo en provisionalidad?
2. ¿Cuál es el marco legal y/o fundamento jurídico de la provisionalidad?
3. ¿Cómo es la desvinculación de los empleados en provisionalidad?
4. ¿En qué situaciones es procedente la desvinculación de empleados en provisionalidad?
5. ¿En qué situaciones no es procedente la desvinculación de empleados en provisionalidad?
6. ¿Cuál es la consecuencia por la desvinculación de un empleado en provisionalidad con desconocimiento y/o por fuera de la ley y/o jurisprudencia?
7. ¿Cuál es la responsabilidad por la desvinculación de un empleado en provisionalidad con desconocimiento y/o por fuera de la ley y/o jurisprudencia?
8. ¿Diferencias entre un empleado en provisionalidad y un empleado en un cargo de carrera administrativa?

Me permito manifestarle lo siguiente:

Con respecto a los nombramientos provisionales establece el Artículo 25 de la Ley 909 de 2004:

“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

De acuerdo con lo anterior, es viable concluir que en el evento que se presenten vacancias temporales o definitivas en empleos considerados de carrera administrativa, la figura del encargo se debe aplicar para los empleados públicos con derechos de carrera administrativa, en ese sentido, el nombramiento en provisionalidad procede, siempre que dentro de la planta de personal de la entidad no haya empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan con los requisitos para ser encargados.

De igual forma, el Decreto 2.2.5.3.3. del Decreto 1083 de 2015, dispone que de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera.

Ahora bien, el término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentra concebido en caso de vacancia definitiva del cargo hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen a la misma.

Respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, es importante tener en cuenta que el Decreto 1083 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*, 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.” Subraya nuestra»

Ahora bien, este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

«4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

« [...] »

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo [...].»(Subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

La Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

«...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, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

« [...] »

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa [66] 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 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» (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante 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.”

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.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

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.”

De conformidad con 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 funcionario concreto.

De lo anteriormente analizado se dará respuesta a sus inquietudes de la siguiente manera:

1. Frente a su primer y segundo interrogante la provisionalidad de un cargo se realiza en caso de vacancia definitiva del cargo hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen a la misma y el marco legal es que se deja analizado anteriormente.
2. Frente a su tercer, cuarto y quinto interrogante la terminación del nombramiento provisional 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.
3. Respecto a las consecuencias o responsabilidad por la desvinculación de un empleado en provisionalidad con desconocimiento y/o por fuera de la ley y/o jurisprudencia me permito manifestarle que de conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no tiene competencia para determinar la posible responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, ya que no somos ente de control, para lo cual podrá dirigirse a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de obtener un pronunciamiento sobre el particular.
4. Frente a su última pregunta me permito entrar a definir los derechos del empleado de Carrera administrativa, se precisa que, tiene derecho al salario, prestaciones sociales y demás emolumentos inherentes al cargo del cual es titular, a ser evaluado en los términos y condiciones que autoriza la ley, derecho preferencial para ser nombrado en encargo en otro empleo de carrera con sujeción a los parámetros que establezca el Legislador, tener estabilidad laboral dentro de los términos que consagra la ley, derecho a bienestar social, capacitación y estímulos, de acuerdo con lo estipulado en la ley y la reglamentación interna de la respectiva entidad, en caso de supresión del cargo del cual es titular, derecho a ser incorporado, reintegrado, o indemnizado, con sujeción a lo dispuesto en la normativa vigente, y a ser retirado del servicio únicamente mediante acto administrativo motivado y por las causales establecidas en la ley.

El empleado vinculado con carácter provisional, tiene derecho al salario, las prestaciones sociales y demás emolumentos inherentes al cargo del cual es titular, derecho a los programas de bienestar social y capacitación en los términos de la ley y la jurisprudencia de las altas Cortes, podrá ser evaluado para medir su rendimiento y consecución de los planes de Desarrollo y los fines del Estado, antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador podrá darlo por terminado, mediante acto motivado, la declaratoria de insubsistencia 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 en concreto.

Finalmente, me permito indicarle que 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 imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Jose Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:24:57