



Concepto 168351 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000168351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000168351

Fecha: 05/05/2022 05:46:01 p.m.

REF.: RETIROS DEL SERVICIO. Terminación del nombramiento provisional RAD.: 20229000150032 del cuatro (04) de abril de 2022

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta

“...Ocupo un puesto Provisional en la Alcaldía de Plato Magdalena, hubo 2 vacantes para concurso de mérito ante la CNSC, de las cuales yo ocupe 1 de las vacantes quedando en la lista de elegibles en segundo lugar, van a nombrar a la chica que está en el primer lugar en la lista y la otra vacante que está disponible la señora esta incapacitada, recibo una notificación y una resolución donde me informan que una vez la chica que ocupa el primer lugar acepte el cargo quedo removida del mío. El miércoles recibo otra notificación donde me informan que mi nombramiento se hará una vez la señora regrese de su incapacidad. Hice la solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil y la respuesta que me dan es que debo dirigir esta solicitud al Departamento Administrativo de la Función Pública. Mi pregunta es si la Señora que ocupó el primer lugar acepta el cargo, yo quedo por fuera de mi empleo, ¿dejo de recibir mis ingresos hasta que la señora incapacitada regrese?”

Me permito manifestarle lo siguiente.

Previamente debe indicarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430 de 2016](#), este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares no es competencia de este Departamento y corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal. De allí no le es procedente a este Departamento intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones.

Ahora bien, sobre su objeto de consulta, debe señalarse que el artículo [125](#) de la Constitución Política de Colombia, sobre los empleos del estado, consagra:

“...ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

Por su parte, la Ley 909 de 2004 establece:

“...ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene 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” (Subrayas y negrillas por fuera de texto)

En este contexto, tenemos que existe la prohibición constitucional y legal de ingresar a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y las demás normas que la reglamentan o adicionan, el nombramiento provisional es de carácter transitorio y procede de manera excepcional, para proveer un empleo de carrera cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos para su ejercicio, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

De acuerdo con lo anterior, los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso de méritos.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de los provisionales, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan”. (Negrillas fuera de texto)

Con ello en mente, a criterio de esta Dirección Jurídica es claro que una de las razones para la terminación del nombramiento en provisionalidad es la provisión del cargo por concurso de mérito. Ahora bien, la norma y la jurisprudencia han señalado que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

Frente al particular, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa, 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 predicán 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 y fuera texto)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.1. 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, 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 concordancia con ello, sobre la circunstancia de un empleado en nombramiento provisional que se encuentre en estado de “incapacidad” y que su cargo haya sido objeto provisión definitiva por haberse realizado el concurso de méritos respectivo en Concepto 20182060309202 del 7 de noviembre de 2018 el Departamento Administrativo de la Función Pública ha expresado:

“Con fundamento en lo expuesto, y atendiendo puntualmente su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el hecho que un empleado provisional padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá 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 por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones”.

En conclusión, a criterio de esta Dirección Jurídica los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que pueden ser removidos por causas legales como la provisión definitiva del cargo.

En el caso concreto frente al solicitante, que ejerce un cargo en provisionalidad, se terminara su vinculación y por ende ya no gozara de la contraprestación salarial que conlleva el ejercicio del cargo en cuestión, pues su cargo ha sido provisto de forma definitiva por un concurso de méritos.

Ahora bien, al hacerse acreedor a otro cargo por medio del concurso de méritos en el cual ocupó el segundo lugar pero el empleado en provisionalidad de este segundo cargo se encuentra incapacitado, en efecto esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que está incapacitado, debe 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, dado que, como lo señala la jurisprudencia indicada, el empleado nombrado en provisionalidad no cuenta con estabilidad laboral que impida retirarlo del servicio mediante acto motivado para posesionar a quien superó un concurso de méritos.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link /web/eva/gestor-normativo, «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

Proyecto: Pablo C. Díaz B.

Reviso: Harold Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:21:51