



Concepto 012941 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000012941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000012941

Fecha: 10/01/2024 06:04:52 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ACCIONES CONSTITUCIONALES. DERECHOS DE PETICIÓN, PETICIONES REITERATIVAS - RADICADO: 20232061055082 del 28 noviembre de 2023.

Acuso recibo de su comunicación remitida a este Departamento Administrativo por la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", a través del RAD: 2023RS153988 por medio de la cual consulta: "(...) inicie a laborar como inspector de policía en un municipio de 6ta Categoría, en provisionalidad, el cargo se encuentra en concurso dentro de la convocatoria de municipios de 5ta y 6ta categoría, que lleva 4 años en ejecución y por múltiples inconvenientes a la fecha aún no tiene lista de elegibles.

Para mí siempre ha sido claro que una vez salga la lista de elegibles, debo entregar el cargo, por cuanto es una causal para que finalice la provisionalidad en la que estoy desde el 5 de agosto de 2021. Desde el 5 de agosto de 2021 cada 6 meses, la presente Alcaldía ha expedido actos administrativos que prorrogan mi provisionalidad hasta tanto se provea el cargo por concurso de méritos.

El inspector que reemplace estuvo por espacio de 12 años en provisionalidad, el comisario de familia lleva en provisionalidad desde el año 2008. Sin embargo, a raíz del cambio de alcalde, ha surgido el rumor que el nuevo alcalde está buscando mecanismos para poder despedirme y poder poner a un funcionario de sus afectos y afinidad política en mi lugar en provisionalidad".

Es importante destacar que este Departamento Administrativo en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, no funge como ente de control, y carece de competencia para decidir sobre las actuaciones de las entidades del Estado o de los servidores públicos, por lo que, solo le es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con las consultas o peticiones radicadas.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, solo realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares ni pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones internas de las entidades públicas, así como los descuentos a retención en la fuente que se deben hacer a los servidores públicos.

Inicialmente, frente a las peticiones reiterativas por el consultante tenemos que la Ley 1437 de 2011 establece:

"ARTÍCULO 19. Peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas. Toda petición debe ser respetuosa so pena de rechazo. Solo cuando no se comprenda la finalidad u objeto de la petición esta se devolverá al interesado para que la corrija o aclare dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no corregirse o aclararse, se archivará la petición. En ningún caso se devolverán peticiones

que se consideren inadecuadas o incompletas.

Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane".

Por lo anterior, en caso de continuar con dichas peticiones este Departamento Administrativo se remitirá a lo expuesto frente a estos casos puntuales anteriormente. Del mismo modo, se reitera que, convenga los servicios de un apoderado judicial, para que en caso de posibles arbitrariedades sea este quien actúe ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y demás actuaciones a que haya lugar.

Sobre la terminación de los nombramientos provisionales, el Decreto 1083 de 2015², 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”.

En cuanto 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 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 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.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, 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 que se concluye que no es posible que dar por terminado el nombramiento provisional de un empleo para nombrar en su reemplazo a una persona de especial protección sin que medie una de las causales ya enunciadas.

Para mayor información 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”.

2 Reglamentario Único del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-10-19 23:37:41