



Función Pública

Concepto 003501 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000003501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000003501

Fecha: 03/01/2024 03:38:53 p.m.

Bogotá D.C.

REF: Terminación Nombramiento Provisional. RADICACIÓN: 20239001038532 del 23 de noviembre de 2023.

"Solicito se me informe si un provisional que esta nombrado desde hace tres años en una vacante temporal cuyo titular se encontraba en encargo y con ocasión del concurso el titular de ese cargo se va a posesionar en periodo de prueba en el empleo en el que venía en encargo, es decir el cargo del que es titular y en el que se encuentra nombrado el provisional continuara en vacante temporal mientras su titular termina el periodo de prueba. la consulta es si al posesionarse en periodo de prueba el titular del cargo el provisional que viene cubriendo esta vacante temporal por tres años puede continuar hasta que el empleado finalice el periodo de prueba o por el contrario debe terminársele la provisionalidad y proveer la vacante temporal también con lista de elegibles de existir esta"

En primer lugar ,se debe indicar que , de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹,modificado por el Decreto [1603](#) del 2023 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.

Hecha esta salvedad, nos permitimos manifestar que el Decreto [1083](#) de 2015², en materia de terminación del nombramiento provisional, dispone:

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.

Modificado por el Art. [1](#) del Decreto [648](#) de 2017

Ahora bien, este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive, la normativa citada esta acorde a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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.

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, que, al referirse a la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, consideró:

“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”.

(subrayado fuera del 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 la estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

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”. (Destacado nuestro)

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, 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.

Ahora bien, sobre el tema debe atenderse el contenido del Criterio Unificado para provisión de empleos públicos mediante encargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del 13 de diciembre de 2018, que estipula:

“11. Qué sucede si una vacante temporal está provista mediante encargo, y el titular de dicho empleo renuncia?”

Si un empleo en vacancia temporal está provisto mediante encargo o nombramiento provisional y su titular renuncia, dicha vacante se convierte en definitiva, en este caso, la entidad deberá verificar la aplicación de los mecanismos de provisión definitiva señalados en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017. Si agotados dichos Ordenes de provisión, la condición de vacancia definitiva persiste, la administración podrá, por necesidades del servicio, mantener el encargo o el nombramiento provisional en el servidor en que inicialmente había recaído. (Subraya nuestra)”

Por lo tanto, y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que si un empleo en vacancia temporal está provisto mediante nombramiento provisional y dicha vacancia termina, dicha vacante se convierte en definitiva, en este caso, la entidad deberá verificar la aplicación de los mecanismos de provisión definitiva señalados y si agotados dichos ordenes de provisión, si la condición de vacancia definitiva persiste, la administración podrá, por necesidades del servicio, mantener el nombramiento provisional con en el servidor en que inicialmente había recaído, sin que para el efecto sea procedente adelantar un nuevo proceso de convocatoria interna para proveer dicho empleo.

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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Vivian Parra

Revisó: Maia Borja

116028.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:07:34