



Función Pública

Concepto 109291 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000109291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000109291

Fecha: 05/04/2019 11:50:17 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Retiro empleado con nombramiento provisional. RAD.201992060075292 del 27 de febrero de 2019.

En atención al escrito de la referencia, remitido a esta entidad por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre las consecuencias de no pasar el concurso de méritos en el cargo en cual está nombrada en provisionalidad, me permito manifestarle lo siguiente:

La terminación del nombramiento provisional procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde se invoquen 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.

En relación con el retiro del servicio de los empleados nombrados mediante nombramiento provisional, el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto [1083](#) de 2015, establece:

“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”.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sostuvo:

“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 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". (Negrita y subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, la Circular Conjunta No. 00000032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

"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".

Por lo tanto la persona que supere el concurso y ocupe el primer puesto será nombrado para ocupar el cargo.

Con relación a la procedencia de volver al contrato de prestación de servicios en caso de no superar el concurso de méritos, es necesario tener en cuenta que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado, de acuerdo con sus necesidades; por lo tanto es la entidad la cual tendrá que adelantar los estudios necesario y determinar la existencia de recursos para definir si se requiere o no la contratación para satisfacer el servicio público.

Para mayor información respecto a temas del empleo público, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, que han sido emitidos por esta Dirección

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: María Tello

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:07:31