Función Pública

Concepto 044281 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

*20246000044281*Â

Al contestar por favor cite estos datos:Â

Radicado No.: 20246000044281Â

Fecha: 25/01/2024 04:43:59 p.m.Â

BogotÃ¡ D.CÂ

Â

Referencia RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. Causales de retiro del Â servicio de un empleado nombrado en provisionalidad RAD 20232061104302 del 12 deÂ diciembre de 2023.Â

En atenciÃ³n a la radicaciÃ³n de la referencia, remitida por la ComisiÃ³n Legal para laÂ Equidad de la Mujer, en la solicita concepto sobre las causales para el retiro de unaÂ persona nombrada en provisionalidad, frente lo anterior, me permito manifestarle loÂ siguiente:Â Â

Sea lo primero en advertirse que de conformidad con lo seÃ±alado en el Decreto 430 de Â 2016[1], este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las Â capacidades de los servidores pÃºblicos y de las entidades y organismos del Estado, su Â organizaciÃ³n y funcionamiento, el desarrollo de la democratizaciÃ³n de la gestiÃ³n pÃºblica y Â el servicio al ciudadano, mediante la formulaciÃ³n, implementaciÃ³n, seguimiento y Â evaluaciÃ³n de polÃticas pÃºblicas, la adopciÃ³n de instrumentos tÃ©cnicos y jurÃdicos, la Â asesorÃa y la capacitaciÃ³n y, por lo tanto, no es de su competencia pronunciarse sobre Â situaciones particulares o sobre las situaciones que se dan a nivel interno de las Â entidades pÃºblicas.Â

No obstante, a manera de orientaciÃ³n general, es importante seÃ±alar lo siguiente:Â

Â

En relaciÃ³n con la terminaciÃ³n de los nombramientos provisionales, el Decreto 1083 de Â 2015[2], establece:Â

«ARTÃCULO 2.2.5.3.4. TerminaciÃ³n de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el Â tÃ©rmino de duraciÃ³n del encargo, de la prÃ³rroga o del nombramiento provisional, el nominador, por Â resoluciÃ³n motivada, podrÃ¡ darlos por terminados».Â

En cuanto a la terminaciÃ³n de un nombramiento Provisional la Corte Constitucional ha Â seÃ±alado en Sentencia SU 917 de 2010, lo siguiente:Â

“El acto de retiro no sÃ³lo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mÃnimas Â respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio Â necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicciÃ³n y demanda la nulidad del acto en los Â tÃ©rminos del artÃculo 84 del CCA. Lo contrario significarÃa anteponer una exigencia formal de Â motivaciÃ³n en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisiÃ³n Â cuÃ¡les son las razones de una decisiÃ³n administrativa difÃcilmente podrÃ¡ controvertirse el acto tanto Â en sede gubernativa como jurisdiccional.Â

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razÃ³n suficiente” en el acto Â administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado Â vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de Â hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que Â no resultan vÃ¡lidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predican Â directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia Â decantada por esta CorporaciÃ³n, “para que un acto administrativo de desvinculaciÃ³n se considere Â motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuÃ¡les son las razones por las Â cuales se prescindirÃ¡ de los servicios del funcionario en cuestiÃ³n”.Â

En este orden de ideas, sÃ³lo es constitucionalmente admisible una motivaciÃ³n donde la Â insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisiÃ³n definitiva del cargo por Â haberse realizado el concurso de mÃ©ritos respectivo, la imposiciÃ³n de sanciones Â disciplinarias, la calificaciÃ³n insatisfactoria “u otra razÃ³n especÃfica atinente al servicio que Â estÃ¡ prestando y deberÃa prestar el funcionario concreto”.Â

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivaciÃ³n de los actos administrativos no puede Â conducir, en la prÃ¡ctica, a equiparar a

los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos Â que se encuentren en carrera. Tal equiparaciÃ³n terminarÃa por ser, paradÃ³jicamente, contraria al Â espÃritu de la ConstituciÃ³n de 1991 en materia de funciÃ³n pÃºblica. Siendo ello asÃ, la motivaciÃ³n que Â se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente Â la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Â ConstituciÃ³n consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no Â goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos Â que se fundan en la realizaciÃ³n de los principios que orientan la funciÃ³n administrativa o derivados Â del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser Â constatables empÃricamente, es decir, con soporte fÃ¡ctico, porque de lo contrario se incurrirÃ¡ en Â causal de nulidad por falsa motivaciÃ³n. En este sentido, como bien seÃ±ala la doctrina, "la Â AdministraciÃ³n es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su eleccIÃ³n y estos motivos Â no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente Â fundados". (Subrayas fuera de texto).Â

AsÃ las cosas, segÃºn la Corte Constitucional los nombramientos provisionales, podrÃ¡n ser Â terminados de acuerdo con las siguientes causales:Â

- Como resultado de una sanciÃ³n de tipo disciplinario.Â

- Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilizaciÃ³n de lista de elegibles Â obtenida a travÃ©s de concurso de mÃ©ritos.Â

- Cuando existan razones especÃficas atinente al servicio que estÃ¡ prestando y deberÃa Â prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificaciÃ³n insatisfactoria.Â

AsÃ mismo, El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Â Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados Â provisionales, seÃ±ala:Â

"De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la AdministraciÃ³n PÃºblica, se Â recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y Â descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir Â los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a Â los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.Â

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de Â 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duraciÃ³n del tÃ©rmino del nombramiento provisional o el de su Â prÃ³rroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situaciÃ³n Â no estÃ¡ consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.Â

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el Â orden de prelaciÃ³n para la provisiÃ³n definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Â Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios."Â

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 917Â de 2010, la terminaciÃ³n del nombramiento provisional, procede por acto motivado, y Â sÃ³lo es admisible una motivaciÃ³n donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales Â como la provisiÃ³n definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de mÃ©ritos Â respectivo, la imposiciÃ³n de sanciones disciplinarias, la calificaciÃ³n insatisfactoria u otra Â razÃ³n especÃfica atinente al servicio que estÃ¡ prestando y deberÃa prestar el funcionario Â concreto.Â

En consecuencia, en criterio de esta DirecciÃ³n JurÃdica, el retiro del servicio de un Â empleado pÃºblico vinculado con carÃ¡cter provisional, serÃ¡ procedente, por una de las Â causales que se han dejado indicadas. SerÃ¡ la entidad la encargada de verificar, si la Â situaciÃ³n del empleado se enmarca en alguna de las causales de retiro que ha dejadoÂ claro la corte constitucional, en virtud de ello sea la administraciÃ³n la que haga el ejercicio Â de ponderaciÃ³n de derechos, frente a la efectiva prestaciÃ³n de servicios a cargo de la Â entidad y el reconocimiento y pago de elementos salariales los cuales estÃ¡n atados a Â servicios efectivamente prestados, y con ello la entidad deberÃ¡ determinar entonces si Â existe una causal de retiro.Â

Frente a si puede ser objeto de desvinculaciÃ³n un empleado que ocupa un cargo en Â provisionalidad, objeto de consulta, esta DirecciÃ³n JurÃdica considera que corresponde a Â la respectiva AdministraciÃ³n analizar de acuerdo a la normativa prevista la situaciÃ³n Â particular, por cuanto, es quien conoce de manera cierta y detallada la situaciÃ³n del Â personal a su cargo. Lo anterior, por cuanto como se manifestÃ³ al inicio de este concepto, Â pronunciarnos frente a situaciones de tipo individual excede las competencias atribuidas a Â este Departamento Administrativo en el Decreto 430 de 2016.Â

Para mayor informaciÃ³n respecto de las normas de administraciÃ³n de los empleados del Â sector pÃºblico; asÃ como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, Â me permito indicar que en el link /eva/es/gestor-normativoÂ Â podrÃ¡ encontrar conceptos Â relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta DirecciÃ³n JurÃdica.Â

El anterior concepto se emite en los tÃ©rminos establecidos en el artÃculo 28 del CÃ³digo de Â Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso AdministrativoÂ

Atentamente,Â

ARMANDO LOPEZ CORTESÂ Â

Director JurÃdicoÂ Â

ProyectÃ³: Luis Fernando NÃºÃ±ez RincÃ³n.

RevisÃ³: Harold HerreÃ±o.Â Â

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÃ□GINA

1Â Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica

2Â Por medio del cual se expide el Decreto Ã□nico Reglamentario del Sector de FunciÃ³n PÃºblica.

Â

Fecha y hora de creación: 2024-06-01 04:41:23