



Concepto 184711 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000184711

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000184711

Fecha: 18/05/2020 02:20:40 p.m.

Bogotá D.C.,

REF: RETIRO DEL SERVICIO- Empleados provisionales. CARRERA ADMINISTRATIVA- Proceso de selección y/o Concurso de Méritos- Emergencia Sanitaria. RAD. 20209000142942 del 14 de abril de 2020.

Por medio del presente, y en atención a su consulta donde solicita se le informe:

“¿Debe la entidad dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de los funcionarios que están en los cargos y posesionar a los primeros de cada lista, teniendo en cuenta que las personas que se posesionan no residen en el municipio y que desde el momento en que se afecte la terminación de dicha provisionalidad el cargo en su ubicación quedará vacío, esto implica des garantizar (sic) el funcionamiento de los servicios indispensables del municipio ya que en el momento los funcionarios de la Alcaldía nos encontramos laborando de manera presencial articulada por la carencia de algunas herramientas indispensables para el desarrollo de las labores que la alcaldía no puede proveer para emplear la modalidad de Teletrabajo, claro está, sin dejar de lado los lineamientos y reconocimiento para mitigar el riesgo de contagio a causa del Covid-19 dispuestos por el Gobierno Nacional?”

Me permito darle respuesta en los siguientes términos, teniendo en cuenta que este Departamento Administrativo de conformidad con el Decreto 430 de 2016 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. Por esta razón, no es de nuestra competencia 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.

No obstante, a modo de orientación general, me permito precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política consagra:

“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. (...).”

Por su parte, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004 establece:

“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”

De acuerdo con lo anterior, existe la prohibición constitucional y legal de ingresar a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley. Por tanto, y 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 y el perfil para ser nombrados mediante encargo. En cuanto a la estabilidad, es pertinente precisar que el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015 señala que antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia T-326 de 2014, con Magistrada Ponente Dr. María Victoria Calle Correa, al pronunciarse 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” (Subraya propia).

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 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 (...)” (Subraya propia).

En este mismo sentido, el Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo en Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

“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”

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 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.

Ahora bien, el artículo 14 del Decreto 491 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional sobre el aplazamiento de los procesos de selección en curso en razón a la Emergencia Sanitaria consagra:

“Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria

(...) En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia” (Subraya propia).

De acuerdo con lo anterior, hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social aquellos procesos de selección que ya cuenten con lista de elegibles en firme, se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos señalados en la normatividad vigente, es decir, se deberán tener en cuenta los plazos señalados en los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015. Lo anterior, haciendo uso de los medios electrónicos disponibles.

Ahora bien, el artículo 3 del Decreto 491 de 2020 dispone lo siguiente en relación a la prestación de servicios a cargo de las autoridades:

“Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.

En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

PARÁGRAFO. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial” (Subraya propia)

La prestación de servicios a cargo de las autoridades tendrá que seguir llevándose, no obstante en razón a la declaratoria de Estado de Emergencia en razón a la pandemia por Covid -19, podrán implementarse dentro de las autoridades correspondientes mecanismos que eviten el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca dicha emergencia sanitaria, velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En caso que las autoridades no cuenten con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos anteriormente señalados, las autoridades deberán prestar el servicio de manera presencial. Sin embargo, teniendo en cuenta que por razones sanitarias las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcial, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial. Se entenderá que la suspensión del servicio contará con el mismo término que se encuentre en vigencia la declaratoria de la emergencia sanitaria por el Gobierno Nacional.

En conclusión, en atención a lo anteriormente expuesto y con el fin de dar respuesta a su interrogante de manera puntual, me permito informarle que la emergencia sanitaria no ha modificado las normas sobre provisión de empleo. Por lo cual, ya que los nombramientos y posesión en cuestión son consecuencia de un proceso meritocrático, que ya contaba con lista de elegibles, la terminación del nombramiento en provisionalidad procede mediante el correspondiente acto motivado y la entidad deberá tomar todas las medidas pertinentes para que no se vea afectado el servicio que presta y tiene a su cargo.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [/web/eva/gestor-normativo](#) este link es del Gestor Normativo y allí podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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: Andrea Liz Figueroa

Revisó: José Fernando Ceballos

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2021-10-15 19:33:49