



Función Pública

Concepto 297671 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000297671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000297671

Fecha: 08/07/2020 05:30:26 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados en provisionalidad – en Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19 RADICACIÓN No. 20202060192152 de fecha 19 de mayo de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta, cuáles pueden ser las causas para el retiro de un provisional docente, y más aún ahora en época del COVID, frente al particular, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente es importante señalar que en virtud del Decreto [430](#) de 2016¹, este Departamento Administrativo no tiene dentro de sus funciones la facultad de intervenir en las actuaciones de las entidades, no es un ente de control y tampoco es la competente para decidir si las actuaciones de las mismas, son o no ajustadas a derecho, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, en cuanto a un nombramiento provisional, docente el Decreto [1278](#) de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, al regular lo relacionado con la provisión de empleos de docentes mediante nombramiento provisional y el retiro de los mismos, señala:

“ARTÍCULO 7. Ingreso al servicio educativo estatal. A partir de la vigencia de este decreto, para ingresar al servicio educativo estatal se requiere poseer título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior y, en ambos casos, superar el concurso de méritos que se cite para tal fin, debiendo ejercer la docencia en el nivel educativo y en el área de conocimiento de su formación.

Quienes posean título de normalista superior expedido por una escuela normal superior reestructurada, expresamente autorizada por el Ministerio de Educación Nacional, podrán ejercer la docencia en educación primaria o en educación preescolar.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional determinará los casos y términos en que, por tratarse de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnicas o deficitarias, puedan vincularse provisionalmente al servicio educativo personas sin los títulos académicos mínimos señalados en este artículo, pero sin derecho a inscribirse en el escalafón docente.”

“ARTÍCULO 13. NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguientes casos:

a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;

b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

PARÁGRAFO. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.”

De acuerdo con las normas transcritas, los empleos de docentes y directivos docentes, se deberán proveer mediante acto administrativo con nombramiento en período de prueba con quien ocupe el primer lugar en el listado de elegibles del respectivo concurso; y en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehúse el nombramiento será excluido de la correspondiente lista de elegibles.

Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con el personal que reúna los requisitos del cargo; si la vacante es porque el titular se encuentra en situación administrativa que implique separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa; en este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo.

Si el nombramiento provisional se efectúa en vacante definitiva, el mismo será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

El nombramiento provisional en un cargo docente o directivo docente vacante en forma definitiva, será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del respectivo concurso, es decir que para el caso en consulta el nombramiento provisional terminará como consecuencia del nombramiento en período de prueba de las personas que ocuparon el primer puesto en la lista de elegibles, resultado del concurso realizado para proveer los respectivos cargos.

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 predicen 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).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1278 de 2002, 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.

Finalmente, en cuanto a la provisión de empleos de carrera durante la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, el Decreto Ley 491 de 2020 frente al particular, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere 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.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, es posible concluir que en el caso que en el marco del proceso meritocrático se hallan emitido listas de elegibles que se encuentren en firme, se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones previstos 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.

En este orden de ideas, y atendiendo puntualmente su consulta, se considera procedente que durante la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19 se efectúe el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad con el fin de nombrar en el cargo a quien ha superado un concurso de méritos o que se encuentre debidamente motivado.

Finalmente, es preciso señalar que las acciones previstas en la presente norma se expiden por el Gobierno Nacional como medidas de protección laboral y se aplicarán mientras dura la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, sin que ello derive en la modificación de las normas de administración de personal en el sector público como es el caso del Decreto 1083 de 2015, o el Decreto Ley 1567 de 1998.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema. De otra parte, le indico que en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito del covid-19.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-20 00:11:46