



Concepto 439451 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000439451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000439451

Fecha: 03/09/2020 03:24:39 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales – Docente. Radicado: 20202060344292 del 29 de julio de 2020

En atención a su comunicación de la referencia, a través de la cual solicita asesoría sobre el tema del retiro del personal docente vinculado mediante nombramiento provisional durante la emergencia sanitaria causada por el covid – 19.

Atentamente, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

El Decreto [491](#) de 2020, «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica», establece:

ARTÍCULO 15. Prestación de servicios durante el período de aislamiento preventivo obligatorio. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior públicas cumplan sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En ningún momento la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de las mismas, podrán suspender la remuneración mensual o los honorarios a los que tienen derecho los servidores públicos o docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior pública, respectivamente.

PARÁGRAFO. Cuando las funciones que desempeña un servidor público, un docente ocasional o de hora cátedra no puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, éstos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan.

En este orden de ideas, cuando las funciones que desempeña un servidor público no puedan desarrollarse mediante la modalidad de trabajo en casa, las entidades podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, estos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeña, tal como lo autoriza el artículo [15](#) del Decreto [491](#) de 2020.

Adicionalmente, el artículo 14 del mencionado Decreto [491](#) de 2020, establece:

«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». (Destacado nuestro)

De acuerdo con la norma transcrita, 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 haciendo uso de los medios electrónicos disponibles.

Conforme a la normativa anterior, si bien el Decreto 491 de 2020 señala la no suspensión de la remuneración o el retiro de los servidores públicos o docentes como consecuencia de la emergencia sanitaria; es decir, que la entidad proceda a retirar al docente o servidor motivando el acto en la situación de salud que actualmente estamos viviendo. El mismo, no suspende las normas de carrera, de los docentes, previstas en el Decreto Ley 1278 de 2002.

Así mismo, tal como lo establece el artículo 14 del mismo Decreto 491 cuando haya listas de elegibles conformadas como resultado de un concurso de méritos, la entidad le corresponde efectuar el nombramiento y la posesión de quienes ocupan dichas listas. Por lo tanto, tal como lo habilita la norma, resulta procedente el retiro de los provisionales para nombrar a quien hubiera superado el respectivo concurso.

Al respecto, la Ley 115 de 1994, ley general de educación, en su artículo 105 sobre la vinculación de los docentes al servicio público educativo, establece:

«ARTÍCULO 105. VINCULACIÓN AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL. La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.

Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.” (Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-493 de 1994 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara).

PARÁGRAFO 2. Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial». (Destacado nuestro)

Así mismo, el Decreto 1278 de 2002, «Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente», señala:

«ARTÍCULO 2. Aplicación. Las normas de este Estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.

Los educadores estatales ingresarán primero al servicio, y si superan satisfactoriamente el período de prueba se inscribirán en el Escalafón

Docente, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

[...]

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.

[...]

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. (...)"

[...]

«ARTÍCULO 15. Prohibición. No se podrá proveer por nombramiento provisional o por encargo un cargo directivo o docente vacante de manera definitiva, cuando exista listado de elegibles vigente para el correspondiente nivel o área de conocimiento: Quien lo hiciere responderá disciplinaria y patrimonialmente por ello.

Una vez agotado el listado de elegibles se deberá convocar a nuevo concurso dentro de los cuatro (4) meses siguientes».

Conforme a la normativa anterior, el ingreso al servicio público educativo en los cargos de carrera se realiza mediante concurso de méritos garantizando la transparencia y la objetividad, para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, sin discriminación alguna.

El nombramiento provisional está definido como una forma de proveer transitoriamente los empleos docentes, por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa del titular del cargo, en caso de vacancia temporal y, en caso de vacancia definitiva del cargo la duración del nombramiento será hasta cuando se provea el cargo en periodo de prueba o en propiedad.

Igualmente, la Corte Constitucional mediante [SU-917](#) de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, sobre el tema de retiro de los provisionales, expone:

«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». (Destacado nuestro).

Por lo tanto, 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 se presta y que debe prestar el funcionario concreto.

Con fundamento en lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, los docentes provisionales pueden ser retirados del servicio mediante acto administrativo motivado, como garantía del derecho a la defensa y al debido proceso, basado en las causales determinadas en el párrafo anterior de este concepto.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

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

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2021-10-15 19:19:28