

**Función Pública**

Concepto 038041 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000038041

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000038041

Fecha: 03/02/2021 12:45:03 p.m.

REFERENCIA: REINTEGRO POR ORDEN JUDICIAL – Reintegro provisional - RADICACIÓN: 20212060027952 del 20 de enero de 2021

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual pone de presente que a través de un fallo judicial se le ordena al Departamento del Caquetá - Secretaría de Educación Departamental *“reintegrar a un exfuncionario que había sido nombrado en provisionalidad. No obstante, la entidad territorial en el momento que adelantó el estudio técnico de la planta de personal, encontró que no existe vacante definitiva disponible para reintegrarlo; por el contrario, las vacantes compatibles con el perfil y grado se encuentran provistas mediante nombramiento en encargo y provisionalidad.*

En tal sentido consulta *“(…) qué decisión debe de optar el ente territorial en cuanto, a la terminación de los nombramientos ya sea por encargo o en provisionalidad, en aras de reintegrar al ex empleado público y darle cumplimiento a la orden judicial?”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, con relación al reconocimiento de derechos ordenados por sentencia judicial emanada de la jurisdicción contenciosa administrativa la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, me permito indicar que la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, establece el procedimiento para hacer efectivos los fallos judiciales, así:

“ARTÍCULO 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

(…)

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley. (…) (Subrayado y negrilla)

fuera de texto)

De otra parte, el Código General del Proceso, señala:

“ARTÍCULO 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

(...)

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. (Negrilla y subraya fuera del texto)”

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991², señala:

“ARTÍCULO 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

-

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Subrayado fuera de texto)

A su vez, mediante Concepto 1863 de 2007³ de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, sobre la obligatoriedad de cumplir las sentencias judiciales, se dispuso:

*“El concepto de sentencia, junto con los de jurisdicción y acción, constituyen los pilares básicos de la administración de justicia encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas.”*³

En este orden de ideas, la función jurisdiccional autónoma e independiente que ejercen las corporaciones y las personas dotadas de investidura legal para impartir justicia, se concreta en las sentencias que ponen fin a las controversias sometidas a su conocimiento, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada y deben ser observadas, respetadas y acatadas por los particulares y la administración, en forma voluntaria o coercitiva, a través de los mecanismos legales previstos para lograr la efectividad de los derechos en ellas reconocidos.

En concordancia con la teoría general, el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo prevé que “las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y para la administración” y no están sujetas a “recursos distintos” a los establecidos en dicho estatuto, de manera que una vez cobren ejecutoria se producen sus efectos.” (destacado fuera del texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, es claro que las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento y el responsable de dar cumplimiento a la respectiva providencia judicial debe atender los estrictos términos en los que fue dictada; de tal manera que corresponde a las partes de un proceso realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a las providencias que se emitan por

los distintos despachos judiciales dentro de los términos legalmente establecidos y con sujeción estricta a las condiciones señaladas en los respectivos fallos judiciales.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto radicado con el No. 1302, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, de fecha 12 de 2000, señaló sobre el acatamiento a las decisiones judiciales lo siguiente:

“La Sala se ha pronunciado sobre el particular, destacando que si bien las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, cuando se ordena el reintegro a un cargo debe efectuarse dentro de unos márgenes de equivalencia entre el que se desempeñaba al momento del retiro y aquél en el cual pueda hacerse efectivo. De manera que el reintegro debe cumplirse en la misma entidad, con equivalente ubicación y funciones similares a las desempeñadas por el trabajador al momento de la supresión del cargo, para que no resulte desmejorado en sus condiciones laborales.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, en virtud de lo que se ha dejado indicado hasta ahora en el presente escrito se considera que la Administración municipal deberá dar estricto cumplimiento a la sentencia judicial, pues la misma tiene origen en el restablecimiento del derecho de un ex empleado decretado por la autoridad judicial competente.

En este sentido, se considera que la Administración deberá proceder al reintegro del empleado, atendiendo los términos de la respectiva providencia judicial.

Ahora bien, la jurisprudencia relacionada con el tema, por lo general señala que el reintegro en estos casos debe efectuarse en el mismo empleo o en otro equivalente, que se encuentre vacante; en las mismas condiciones y con los mismos derechos y condiciones laborales en que se encontraba al momento en que fue retirado del servicio.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que de conformidad con el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015, “Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”.(Subrayas fuera del texto)

Para tal efecto, si la entidad cuenta con un empleo igual o equivalente que se encuentra provisto temporalmente con un empleado nombrado en la modalidad provisional, con el cual pueda dar cumplimiento al fallo judicial, es importante tener en cuenta lo siguiente sobre la terminación del nombramiento provisional y del encargo, el Decreto 1083 de 2015⁴, 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.” (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado. Frente al particular, 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 predicán 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).

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la 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.

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.” (Destacado nuestro)

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 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.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación.

Ahora bien, en cuanto a la duración del encargo y las razones por las cuales es procedente dar por terminado el mismo, se tiene que a través de

la Circular 20191000000117 del 29 de julio de 2019 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se indicó:

"Duración del encargo: el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, modificadorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, eliminó la previsión "(...) y una vez convocado el respectivo concurso (...)", por lo que con independencia de que el empleo haya sido convocado a proceso de selección, el mismo debe ser provisto mediante encargo, situación administrativa que no contempla término definido, toda vez que la modificación normativa también eliminó la expresión "El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses."

No obstante, el nominador a través de resolución motivada, podrá dar por terminado el encargo, entre otras, por las siguientes razones:

- Por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 (órdenes de provisión definitiva, el cual incluye el nombramiento en período de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección).
- Imposición de sanciones disciplinarias consistentes en suspensión o destitución.
- La calificación definitiva no satisfactoria en la Evaluación del Desempeño Laboral del encargado.
- La renuncia del empleado al encargo.
- La pérdida de derechos de carrera.
- Cuando el servidor de carrera tome posesión para el ejercicio de otro empleo. (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, el nominador a través de resolución motivada, podrá dar por terminado el encargo, entre otras, por las razones contenidas en la Circular 20191000000117 del 29 de julio de 2019 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ahora bien, si una vez confrontada la planta de personal, se encuentra que no existe empleo igual o equivalente vacante o provisto mediante nombramiento provisional o a través de encargo que permita dar cumplimiento a la sentencia que ordena el reintegro, se considera necesario estudiar la posibilidad de crear el empleo, y en caso de contar con vacantes, realizar el estudio técnico para determinar la pertinencia de suprimir una vacante definitiva para crear el empleo, atendiendo a las necesidades de la entidad.

En ese sentido, la entidad deberá adelantar los trámites necesarios para modificar la planta de personal, contar con la disponibilidad presupuestal para la nueva vinculación y crear los empleos que sean necesarios para el cumplimiento del fallo judicial, y tan pronto se cuente con el empleo en la planta de personal, comunicarle al empleado que ha sido reintegrado al empleo equivalente al cargo que desempeñaba con anterioridad a su retiro, en atención a la orden judicial debidamente ejecutoriada.

En consecuencia, y para responder su interrogante, frente al caso planteado esta Dirección Jurídica concluye:

- Las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento y el responsable de dar cumplimiento a la respectiva providencia debe atender los estrictos términos en los que fue dictada.

- La administración para dar cumplimiento al fallo judicial, deberá estudiar la posibilidad de reintegrar al provisional en el cargo igual o uno equivalente que se encuentre vacante.

- Si al hacer este análisis encuentra que existe un cargo igual o equivalente, pero el mismo está siendo ocupado temporalmente con un empleado nombrado en la modalidad provisional o a través de encargo, en criterio de esta Dirección Jurídica, tanto el encargo como el nombramiento provisional podrán darse por terminado por resolución motivada. Lo anterior, teniendo en cuenta lo indicado por la Corte de que 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.

- De no contar con uno cargo igual o equivalente, se considera necesario estudiar la posibilidad de crear el empleo. En ese sentido, la entidad deberá adelantar los trámites necesarios para modificar la planta de personal, contar con la disponibilidad presupuestal para la nueva vinculación y crear los empleos que sean necesarios para el cumplimiento del fallo judicial.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2. por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

3. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Proceso No. 1001-03-06-000-2007-00092-00.

4. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:19:32