



Función Pública

Acto Legislativo 78541 de 2014

sadhagsdhagsdhagdhagdhgfhagsf

20146000078541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000078541

Fecha: 17/06/2014 05:21:13 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: EMPLEOS. Traslados de personal. RETIRO DEL SERVICIO. Abandono del cargo. Desvinculación de empleado nombrado en la modalidad provisional Rad. 20149000075732 del 26 de mayo de 2014

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente.

1.- Frente a la procedencia de efectuar traslados por necesidades de servicio, le informo que el Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 29. Se produce traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente Decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los Jefes de las entidades en donde se produce.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este Decreto.”

El Decreto aquí estudiado trae condiciones específicas para que sea procedente el traslado al señalar:

“ARTÍCULO 30. El traslado se podrá hacer por necesidad del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.

Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los funcionarios interesados, y siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.”

(Subrayado fuera de texto)

-

De tal forma que para que proceda la figura del traslado se deben dar las siguientes condiciones:

- El cargo a proveer se debe encontrar vacante definitivamente
- Las funciones del cargo a suplir deben ser afines a las ejecutadas en el actual
- Los requisitos que se exijan para el nuevo empleo deben ser similares a las que ocupa el funcionario a trasladar
- La remuneración debe ser equivalente en los dos empleos.

Sobre la figura del traslado, el Honorable Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto radicado con el No.1047 del 13 de noviembre de 1997, señaló:

"(...) El traslado ... procede por necesidades del servicio, "siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado"; también a solicitud del funcionario interesado, sí el movimiento no perjudica al servicio. Es decir, cuando el traslado se origina en la administración no puede conllevar condiciones desfavorables al servidor, y cuando proviene de la iniciativa del empleado interesado, no puede serlo en detrimento del servicio.

Las normas que regulan el régimen de traslados son comunes tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción como para los de carrera administrativa, en lo que no resulte incompatible con los estatutos de carreras especiales, porque se trata de disposiciones sobre administración de personal y no propiamente de carrera.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación sobre la procedencia de configurar el abandono del cargo o del servicio cuando no se asumen las funciones asignadas, estando en servicio activo; la Sección II del Consejo de Estado advierte que se podría declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo en el evento de negarse el servidor a ocupar el nuevo nombramiento (Radicación 5975 del 21 de noviembre de 1994)."

Como puede observarse, la ley permite el traslado de empleados públicos por necesidades del servicio, siempre que no implique condiciones menos favorables para el empleado; condiciones que son objetivas, es decir, referidas al cargo, el nivel jerárquico y el grado salarial, y subjetivas, contenidas en aspectos de índole familiar y personal.

En consecuencia, será procedente y adecuado el traslado de un empleado público, siempre que sea por necesidades del servicio, se ajuste a las normas legales, y que no se desmejoren las condiciones laborales, salariales, personales y familiares del servidor; lo cual, de acuerdo con los fallos de la Corte, deberá tener presente la entidad en forma individual, analizando a fondo la existencia de situaciones particulares que puedan vulnerar en forma grave los derechos fundamentales del empleado, toda vez que, según el alto Tribunal Constitucional, no todas las implicaciones de orden familiar, personal y económica del trabajador, causadas por el traslado, tienen relevancia constitucional para determinar la necesidad del amparo.

Por lo tanto, al momento de decidir mediante resolución el traslado de un servidor público, la Administración tendrá en cuenta tanto las necesidades del servicio como las condiciones favorables o negativas que éste ocasiona al servidor público.

2.- Con respecto a la inquietud referente a si procede adelantar un procedimiento de abandono de cargo ante la ausencia injustificada por parte de una empleada que alega tener amenazas contra su vida, le informo que en el ordenamiento colombiano se ha consagrado el abandono del cargo como una causal autónoma de retiro del servicio. Así, el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 indica cuáles son los eventos en los cuales

se configura el abandono del cargo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 126. El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

- 1. No reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar;*
- 2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos;*
- 3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente decreto, y*
- 4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.”*

Así mismo, los artículos 127 y 128 estipulan que una vez comprobada la ocurrencia de alguna de las hipótesis de hecho referidas, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo “previos los procedimientos legales”. Y, de otra parte, que si por el abandono del cargo se perjudicara el servicio, el empleado también se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal a que haya lugar

De otra parte, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señaló:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

i. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

(...)”

Este literal fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

En la citada sentencia, la Corte Constitucional afirmó:

“41.- No cabe duda que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido constante y reiterada la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio para los empleados de la administración pública. Lo anterior, en atención a la necesidad de hacer más flexible y expedita la separación del cargo de aquellos empleados cuya conducta configure abandono del mismo, en detrimento del normal desempeño de las actividades que debe desarrollar la entidad. Allí precisamente encuentra justificación esta medida, pues no se puede perder de vista que la función administrativa debe tender al logro de los fines esenciales del Estado, regidos, entre otros, por los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

42.- No obstante, es de vital importancia recordar que la decisión de retiro del servicio de un empleado público tiene lugar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto para cuya expedición debe cumplirse el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración, con el fin de retirar del servicio a un empleado -sea éste de carrera o de libre nombramiento y remoción-, le debe ser comunicada, para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas (1).

43.- Estas garantías propias del derecho fundamental al debido proceso tienen una importancia enorme en el caso de retiro del servicio por abandono del cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción, si se tiene en cuenta que el acto administrativo mediante el cual dicha desvinculación se produce no requiere ser motivada, lo cual imposibilita al empleado afectado controvertir la validez de la decisión mediante el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa. No menos vital resulta, sin embargo, el respeto de las garantías enunciadas en el caso del retiro del servicio de los empleados de carrera, pues si bien esta resolución necesariamente debe estar motivada de manera suficiente y adecuada, se trata de una decisión que afecta directamente la estabilidad laboral reforzada con la que cuentan estos empleados en condición de tales. Por lo anterior, la administración debe adelantar el procedimiento correspondiente y, eventualmente, expedir el acto administrativo de desvinculación, sin desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado."

De acuerdo con lo anterior, cualquier decisión de retiro del servicio, debe estar mediada por el cumplimiento de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso del afectado, como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.- Con respecto a la inquietud referente a si es necesario que un servidor que ha sido amenazado ostente tal calidad mediante acto administrativo en el cual se establezca el nivel de riesgo, esta Dirección considera que la empleada que se encuentra vinculada provisionalmente en un empleo de carrera de la planta de personal de un Hospital deberá poner en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de amenazas, dentro del marco del Programa de Prevención y Protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas, grupos y comunidades del Ministerio del Interior y de la Unidad Nacional de Protección, previsto en el Decreto 4912 de 2011.

En caso de tener dudas puntuales frente a la solicitud de reconocimiento de la condición de amenazado, respetuosamente le sugerimos acudir a Ministerio del Interior y de la Unidad Nacional de Protección para que le clarifiquen el tema, por ser un asunto de su competencia.

4.- Con relación a la posibilidad de expedir un acto administrativo de terminación del nombramiento provisional de un empleado que ha tenido amenazas contra su vida, es importante tener en cuenta lo siguiente:

La Ley 909 de 2004 establece la procedencia de nombramientos provisionales en el artículo 25, así:

"ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

Con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, señala:

"ARTÍCULO 10. 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."

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

El Acto de Insubsistencia de un nombramiento Provisional a partir de la expedición del Decreto 1227 de 2005 debe ser motivado, en este sentido lo ha interpretado en diversos fallos la Corte Constitucional, dentro de los cuales se resalta la Sentencia T-289 de 2011², en la cual señala:

“3.2.3. Protección constitucional a empleados en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración.

La Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia, ha considerado la situación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, toda vez que las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción^[17] y los funcionarios inscritos en carrera administrativa^[18].

(...)

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado. En sentencia T-800 de 1998^[21], la Corte Constitucional expuso:

La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

(...)

La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado^[24], toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos^[25]. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación. Al respecto, en sentencia de unificación SU-917 de 2010^[26], se concluyó:

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. (Subrayado fuera de texto)

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador tiene la obligación de motivar el acto mediante el cual pretende la desvinculación, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión, sólo así podrá optar porque la jurisdicción de lo contencioso juzgue la juricidad de los motivos expuestos por la administración.

(....)

-

En conclusión, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha mantenido invariable desde el año 1998, según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado, en defensa de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, la Corte Constitucional ha mantenido su posición desde hace más de diez años en el sentido de instruir que los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las causales señaladas:

- Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

- Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.

- Cuando se declare mediante Acto Administrativo motivado, el cual deberá garantizar el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como los demás principios que rigen la función administrativa.

En este sentido, la Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

“...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^[66] 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”.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Atendiendo a los términos de la jurisprudencia citada, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por las causales anteriormente señaladas. No obstante, es importante reiterar que el abandono del cargo es una causal autónoma del retiro del servicio en nuestra legislación.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹. Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

². Referencia: expediente T- 2.882.988 Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil once (2011).

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 14:17:50