



Función Pública

Concepto 102441 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000102441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000102441

Fecha: 18/06/2015 07:28:53 p.m.

Bogotá D. C.,

REF. RETIRO DEL SERVICIO. Retiro de empleados con nombramiento provisional. RAD. 20159000086272 del 7 de mayo de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma a partir del planteamiento jurídico, en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO

¿Es viable retirar a un empleado público nombrado en provisionalidad para dar lugar al encargo de un empleado de carrera?

FUENTES FORMALES

. Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

. Sentencia SU 917 de 2010 de la Corte Constitucional.

ANÁLISIS

Para abordar el planteamiento jurídico es indispensable realizar un análisis de los siguientes temas: (1) Fundamento legal del encargo, (2) Terminación de un nombramiento provisional.

(1) Fundamento legal del encargo

Con respecto al encargo, la Ley 909 de 2004, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.”
(Subrayado fuera de texto)

“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.”

De lo anterior se infiere que los empleados de carrera administrativa tienen derecho a ser encargados de otro empleo de carrera administrativa, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados.

Es preciso señalar que 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.

Se precisa que los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

(2) Terminación de un nombramiento provisional.

Al respecto, el Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, 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”.

(Decreto 1227 de 2005, art. 10)

Respecto de la motivación del Acto Administrativo que de por terminado un nombramiento provisional, la Corte Constitucional en la Sentencia [SU 917](#) de 2010, señaló:

“En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad¹.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”². Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”³.

De acuerdo con lo señalado, podemos concluir que tratándose de empleados con nombramiento provisional y que para el presente caso desempeña el cargo de Inspector General de Policía, el Acto Administrativo de retiro debe ser motivado, teniendo en cuenta, tal como lo expresa la Sentencia citada, motivos disciplinarios, provisión por concurso o razones del servicio y, por lo tanto, no es procedente el retiro del servicio del mencionado servidor público, aduciendo que no es abogado y que para resolver sus asuntos requiere consultar al Asesor Jurídico del Municipio.

Adicionalmente, se deberá revisar el manual de funciones y requisitos de la entidad, con el fin de verificar si para el desempeño del empleo de Inspector General de Policía, se requiere ser abogado o si por el contrario, se contemplan otras profesiones para su ejercicio y de esta forma determinar si el empleado cumple con los requisitos mínimos establecidos para su desempeño y de esta forma, adoptar la decisión que corresponda de acuerdo con lo señalado en el artículo 5° de la Ley 190 de 1995⁴.

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 adoptadas⁵.

(...)

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”⁶. 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”⁷.

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”⁸. (...) (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo señalado y en atención a su inquietud, se considera que el retiro de los empleados con nombramiento provisional deberá hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, teniéndose como motivación constitucionalmente aceptable 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.

Por consiguiente, esta Dirección considera que no es procedente dar por terminado un nombramiento provisional para dar lugar al encargo de un empleado de carrera, toda vez que el derecho preferencial para el empleado de carrera se debió ejercer cuando se fue a proveer el cargo mediante nombramiento provisional.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

2. Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

3. Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

4. “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”.

5. Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

6. Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

7. Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

8. Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

Fgomez. MLHM

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:03:16