



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 431081**

**Fecha: 09/09/2020**

Bogotá D.C.

**REF: REF: RETIRO DEL SERVICIO.** Retiro empleado con nombramiento provisional. **RAD. 20202060398662** del 20 de agosto de 2020.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa que un servidor que se encontraba nombrado en provisionalidad con un nombramiento por seis meses, los cuales se vencían el 26 de mayo, la administración decidió desvincularlo, el empleado presentó recurso de apelación y la administración decidió reintegrarlo, la decisión generó el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, no obstante, al reintegro del empleado solicitó el pago de las primas que estaban pendientes a junio para ser pagadas en julio, se pregunta si se puede hacer compensación de las sumas de dinero ya pagadas por la liquidación por lo que le corresponde como primas, así mismo, quieren tener certeza que han obrado en derecho y que no están afectando la estabilidad financiera y presupuestal del ente municipal. Al respecto y con el fin de atender su solicitud, se propondrá a efectuar las siguientes consideraciones de carácter general, y al final se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos.

Inicialmente es preciso destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup> 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 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, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, para abordar las normas que atañen a su consulta es importante señalar 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.

Respecto a la terminación de un nombramiento Provisional la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia SU 917 de 2010, lo siguiente:

*«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).*

Así las cosas, según la Corte Constitucional los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

- 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 existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

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 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 está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que 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 está prestando y debería prestar el empleado.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

***Un servidor que se encontraba nombrado en provisionalidad con un nombramiento por término de 6 meses, y que vencía el 26 de mayo, no se le había prorrogado dicho nombramiento y se decidió desvincularlo. No obstante, después de analizar que nos encontramos en una situación que nos golpea a todos, además que el empleado presentó recurso de apelación frente al acto administrativo que lo desvinculo y con el ánimo de evitar un eventual gasto innecesario a la administración pública se decidió reintegrar al servidor público y prorrogar su nombramiento por un término igual al inicialmente pactado, esto es por 6 meses, hasta noviembre del presente año, sin solución de continuidad.***

R/. 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.

Respecto a la terminación de un nombramiento Provisional, los mismos, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

- 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 existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

Así las cosas, 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 está prestando y debería prestar el empleado.

Es importante mencionar, que como consecuencia de haber terminado el nombramiento provisional no existe una normatividad que permita el **reintegro sin orden judicial**.

Sobre el reintegro por decisión judicial se considera que la Administración deberá proceder al reintegro del empleado en el mismo empleo o en otro equivalente, o de superior categoría 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, atendiendo los términos de la respectiva providencia judicial.

***La decisión generó el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, no obstante, al reintegro del empleado solicitó el pago de las primas que estaban pendientes a junio, para ser pagadas en julio, la administración desea saber si se puede hacer compensación de las sumas de dinero ya pagadas por la liquidación por lo que le corresponde como primas.***

R/. De conformidad con la información suministrada en su comunicación, como quiera que la entidad procedió a la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, y el empleado público solicita el pago de las primas que estaban pendientes, no es viable que las sumas pagadas sean compensadas para el pago de las mismas, en razón a que son situaciones diferentes.

***Queremos tener certeza que hemos obrado en derecho y que no estamos afectando la estabilidad financiera y presupuestal del ente municipal.***

R/. En cuanto a la certeza que han obrado en derecho, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 430 de 2016, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Finalmente, en relación a si están afectando la estabilidad financiera y presupuestal del ente territorial, sugerimos dirigir su inquietud al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad competente para pronunciarse sobre el particular.

Con 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 [/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: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

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.*

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***