



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 459871
Fecha: 15/09/2020

Bogotá D.C.

Rad. T-68001-40-88-004-2020-00078-00 Acción de Tutela instaurada por Luz Yaneth Delgado Gómez, contra la Alcaldía de Girón – Secretaría de Educación.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Retiro provisional. Retiro de un empleado con nombramiento provisional durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del covid-19, para proveer el cargo con quien superó el concurso de méritos. Oficio del 15 de septiembre de 2020.

En atención al oficio de la referencia, mediante la cual solicita de este Departamento Administrativo un pronunciamiento en relación a la pertinencia de retirar del servicio a un empleado con nombramiento provisional durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del covid-19, para proveer el cargo con quien superó el concurso de méritos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En cuanto a la terminación de un nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

“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.”

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, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, Maria Victoria Calle Correa, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”

Igualmente, 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 predicen 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.”

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.

Ahora bien, en cuanto a la provisión de empleos de carrera durante la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, el Decreto Ley 491 de 2020 frente al particular, señala lo siguiente:

“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.”(Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, es posible concluir que en el caso que en el marco del proceso meritocrático se hallan emitido listas de elegibles que se encuentren en firme, se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones previstos en la normatividad vigente; es decir, se deberán tener en cuenta los plazos señalados en los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015.

Señala igualmente la norma que, la notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Para tal efecto, el acto de nombramiento y aceptación del empleo se podrán efectuar haciendo uso de los correos electrónicos suministrados por los participantes en la inscripción del concurso de méritos; la posesión podrá efectuarse utilizando herramientas tecnológicas virtuales, para tal efecto el acta de posesión se firmará una vez finalice la emergencia sanitaria.

En este orden de ideas, y atendiendo puntualmente su solicitud, en criterio de esta dirección Jurídica, se considera procedente que durante la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19 se efectúe el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad con el fin de nombrar en el cargo a quien ha superado un concurso de méritos. Se precisa que, durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19 estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha emergencia.

Finalmente, es preciso señalar que las acciones previstas en la presente norma se expiden por el Gobierno Nacional como medidas de protección laboral y se aplicarán mientras dura la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, sin que ello derive en la modificación de las normas de administración de personal en el sector público como es el caso del Decreto 1083 de 2015, tampoco se deben entender modificadas normas de carácter general como es el caso de la Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

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