



FUNCIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo de la Función Pública



TODOS POR UN
NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000147961

Fecha: 01/09/2015 12:17:27 p.m.

Bogotá D.C.

Señor

JAIRO GIRALDO SERNA

Carrera 68 C No. 38C-12 Sur

Bogotá, D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. De empleado provisional y causales para dar por terminado el nombramiento. Derechos del empleado provisional dentro de un proceso de reestructuración de la entidad. **Radicación No. 2015-206-013240-2 del 16 de julio de 2015.**

Reciba un cordial saludo:

En atención a su comunicación de la referencia, remitida a esta entidad por la Comisión Nacional del Servicio Civil, me permito informarle que mediante concepto radicado con el número 20146000106781 del 08/08/2014, esta Dirección Jurídica se pronunció sobre el retiro del empleado provisional y el derecho a la estabilidad en el cargo; de igual forma de adjunta concepto sobre los derechos de los empleados nombrados en la modalidad de provisional luego de una reestructuración, en el que se concluye lo siguiente:

"Teniendo en cuenta las citadas normas, solo el empleado de carrera a quien le supriman el empleo como consecuencia de una reestructuración, tiene derecho a la incorporación, a optar por la reincorporación en otro empleo igual o equivalente, o por la indemnización.

(...)

De conformidad con lo anterior, al realizar la reestructuración de una entidad, la Administración puede incorporar en la nueva planta a los empleados que venían ejerciendo cargos de manera provisional, lo cual no implica un nuevo nombramiento si la incorporación se efectúa en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos."

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

Cordialmente,

Claudia Hernández León
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Anexos : 4 folios
RMM/JFCA/ 600.4.8.



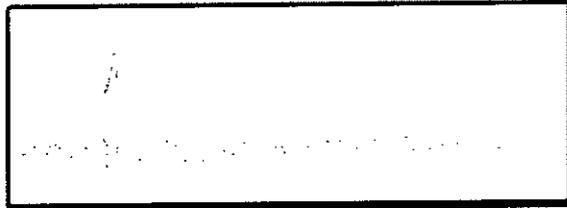
Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20146000106781
Fecha: 08/08/2014 04:45:10 p.m.

Bogotá D.C.



REF: RETIRO DEL SERVICIO.- Terminación de nombramientos en Provisionalidad
RAD. 2014-206-011631-2 del 31 de Julio de 2014.

Respetado Doctor Mayorga, reciba un cordial saludo.

En atención a la consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Con relación a la desvinculación de empleados nombrados en la modalidad provisional en empleos públicos de carrera administrativa, es importante tener en cuenta que la Ley 909 de 2004 establece la procedencia de este tipo de nombramientos 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.

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.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4000/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 016000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Así lo expresó en Sentencia T-1022 del 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

"3. Necesidad de motivar los actos administrativos que dan por terminado un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera. Reiteración de jurisprudencia.

(...)

Por la pertinencia para el caso objeto de análisis, resulta adecuado hacer referencia a los planteamientos contenidos en la sentencia T-464 de junio 12 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, donde esta misma Sala de Revisión señaló en los siguientes términos los postulados básicos de la referida línea jurisprudencial:

"En primer lugar, y de manera general, la Corte ha señalado que los derechos propios de los empleos de carrera administrativa, y particularmente la estabilidad laboral que los caracteriza, no se ve reducida por el hecho de ocupar uno de tales empleos bajo la figura de un nombramiento provisional. En este sentido, esta corporación ha sido contraria a la postura que suele equiparar la situación de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, con la de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, posición que, como es conocido, es esencialmente disponible.

En segundo término, y en lo que hace relación con la procedencia de la tutela para ventilar este tipo de situaciones, ha resaltado la Corte que la estabilidad laboral no tiene el carácter de derecho fundamental. Esta consideración, unida a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como específico medio de defensa judicial para controvertir la legalidad de los actos administrativos que decreten una insubsistencia, sustentan la postura jurisprudencial de esta Corte en el sentido de que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para procurar el reintegro del funcionario cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente, al cargo que ocupaba con anterioridad a dicha declaración."

Al tenor de estas consideraciones, también ha sostenido la Corte Constitucional que la acción de tutela resulta procedente para solicitar la completa expresión de los motivos que sustentan la terminación o la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de carrera, cuando quiera que el nominador que la expide no los exprese de manera espontánea y suficiente, en consideración a que no se trata de controvertir la validez o legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo cual existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia que se relaciona con el debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política..."

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

"4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección", que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que



deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo (...)." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

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).

Adicionalmente le manifiesto que mediante la Circular Conjunta No. 00000032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se señaló que las autoridades:

"...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 inexecutable de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011 o el vencimiento del término de duración 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."

2.- En atención a la segunda parte de su consulta donde pregunta si el empleado provisional retirado del servicio tiene derecho a algún tipo de indemnización, y si es viable la supresión de un empleo como consecuencia de una reestructuración administrativa, me permito manifestarle que mediante concepto número 20126000188761 del 03 de Diciembre de 2012, el cual anexo para su conocimiento, esta Dirección Jurídica se pronunció en torno al tema objeto de su consulta, en el citado concepto se concluyó:

"Teniendo en cuenta las citadas normas, solo el empleado de carrera a quien le supriman el empleo



Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

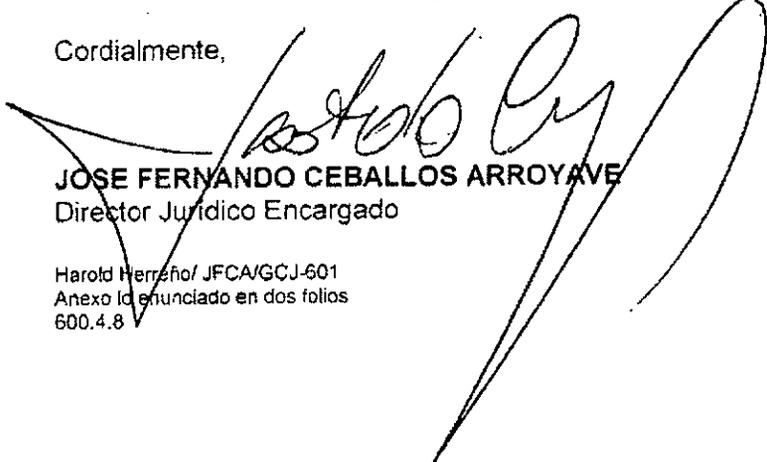
como consecuencia de una reestructuración, tiene derecho a la incorporación, a optar por la reincorporación en otro empleo igual o equivalente, o por la indemnización.

(...)

De conformidad con lo anterior, al realizar la reestructuración de una entidad, la Administración puede incorporar en la nueva planta a los empleados que venían ejerciendo cargos de manera provisional, lo cual no implica un nuevo nombramiento si la incorporación se efectúa en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos."

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

Cordialmente,


JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Director Jurídico Encargado

Harold Herrero/ JFCA/GCJ-601
Anexo Id enunciado en dos folios
600.4.8

"Tú sirvas a tu país, nosotros te servimos a ti!"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4060/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018600 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la Función Pública
República de Colombia

Prosperidad
para todos



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20126000189761
Fecha: 03/12/2012 12:47:46 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor:
GERSON ORIOL TAPASCO ALZATE
Jefe de Talento Humano
Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas
Carrera 5 No. 6-30
Pensilvania - Caldas

Ref.: **RETIRO DEL SERVICIO**. Derechos de un empleado nombrado en la modalidad provisional en caso de reestructuración de la entidad. Rad. 2012-206-018997-2

Respetado señor:

En atención a la consulta de la referencia, remitida a esta Entidad por la Comisión Nacional del Servicio Civil, me permito manifestarle lo siguiente:

La ley 909, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo.
Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

El Decreto 1227 de 2005, establece:

"Artículo 87. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones."

Teniendo en cuenta las citadas normas, solo el empleado de carrera a quien le supriman el empleo como consecuencia de una reestructuración, tiene derecho a la incorporación, a optar por la reincorporación en otro empleo igual o equivalente, o por la indemnización.





Este Departamento Administrativo a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004, y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, el cual establece en el artículo 10, que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados, ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La citada normatividad está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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 empleado vinculado mediante nombramiento provisional al inscribirse al proceso de selección convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, puede elegir libremente el cargo al cual desee vincularse, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos para su desempeño; es decir, podrá vincularse al cargo que actualmente desempeña como provisional, o cualquier otro cargo que se encuentre en vacancia definitiva. Esto no quiere decir que su participación en los citados concursos le otorgue estabilidad; las normas legales no consagran un derecho a estabilidad para los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

Cabe precisar que la no superación de la Prueba Básica General de Preselección en la Convocatoria 001 de 2005, no constituye causal de retiro del servicio para los empleados provisionales ni para terminar los encargos.

Ahora bien, la Administración tiene la posibilidad de incorporar a los cargos de la nueva planta de personal adoptada dentro de un proceso de reestructuración al personal nombrado en la modalidad provisional, de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ley 1042 de 1978, el cual establece:

***ARTICULO 81. DEL MOVIMIENTO DE PERSONAL CON OCASIÓN DE LAS REFORMAS EN LAS PLANTAS.** Siempre que se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo la incorporación de sus empleados a los nuevos cargos establecidos en ella se sujetará a las siguientes reglas:

1a. No será necesario el cumplimiento de requisito distinto al de la firma del acta de posesión:

a) Cuando los nuevos cargos sean iguales a los de la planta anterior en su denominación y grado, y tengan, por consiguiente, las mismas funciones e idénticos requisitos para su ejercicio.

b) Cuando los nuevos cargos sólo se distingan de los de la antigua planta por haber variado su grado de remuneración, como efecto de un reajuste de salarios ordenado por la ley.

c) Cuando los nuevos cargos tengan funciones similares a los de la planta anterior, pero para su desempeño se exijan los mismos requisitos. En este caso la incorporación se tomará como traslado.

2a. La incorporación se considerará como nuevo nombramiento o como ascenso - según se trate de empleados de libre nombramiento y remoción o de empleados de carrera, respectivamente - y deberá estar precedida en todo caso de la comprobación del lleno de los requisitos exigidos para el ejercicio del nuevo cargo:

a) Cuando se haya dispuesto la supresión de cargos fijados en la planta anterior, y la creación de nuevos empleos con diferentes funciones y requisitos mínimos para su ejercicio.





b) Cuando la reforma de la planta tenga por objeto reclasificar los empleos de la planta anterior, para fijar otros de mayor jerarquía dentro de una misma denominación.

En toda incorporación de funcionarios de carrera a cargos de superior jerarquía y responsabilidad, que de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo se considera ascenso, será indispensable, además, el cumplimiento de las disposiciones que sobre movimientos de personal escalafonado se establezcan en el estatuto de servicio civil y carrera administrativa.

La incorporación no implica solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal. En ningún caso la incorporación podrá implicar desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales de los funcionarios que ocupaban empleos de la planta anterior."

De otra parte, el Decreto 1227 de 2005, señala:

"Artículo 96. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.

(...)

Parágrafo 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

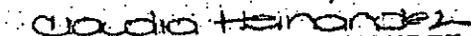
Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, al realizar la reestructuración de una entidad, la Administración puede incorporar en la nueva planta a los empleados que venían ejerciendo cargos de manera provisional, lo cual no implica un nuevo nombramiento si la incorporación se efectúa en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos.

Finalmente se precisa que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el órgano competente para administrar y vigilar la carrera administrativa, razón por la cual este Departamento carece de competencia para informarle la situación actual de una empleada provisional de su entidad, frente a la Convocatoria 001 de 2005.

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

Mónica Herrera/CPHL

GCJ 601 Rad. 2012-206-018997-2
Código: F 003 G 001 PR GD V 2

