



* 2 0 2 1 6 0 0 3 5 3 6 0 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20216000353601
Fecha: 27/09/2021 10:23:29 a.m.

Bogotá D.C.

**REFERENCIA: DOCENTES Y/O DIRECTIVOS DOCENTES. Retiro del Servicio.
RAD. 20212060607602 del 2 de septiembre de 2021.**

Respetado señor

En atención a la comunicación de la referencia remitida por el Ministerio del trabajo, mediante la cual solicita ayuda teniendo en cuenta que fue retirado del servicio después de haber trabajado 18 años como docente nombrado en provisionalidad y, que adicionalmente existe prohibición para ser retirado de conformidad con la normativa emitida en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica generada por el COVID 19, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, el cual le da competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública que en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los asuntos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

No obstante, a manera de orientación desarrollaremos en el presente concepto las normas generales sobre el el retiro de docentes vinculados mediante nombramiento provisional,

Sobre el particular, el Decreto 1278 de 2002², dispone:

«ARTÍCULO 13. NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguientes casos:

*a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, **el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa.** En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;*

b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

PARÁGRAFO. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto». (Destacado nuestro)

Conforme a lo anterior, el nombramiento provisional puede darse entre otros, en vacancia temporal, cuando sus titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal caso en el cual, **el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa.**

En este entendido, el artículo 50 ibídem determina las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los docentes o directivos, tales como:

«a) En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, el encargo y la comisión de servicios;

b) Separados temporalmente del servicio o de sus funciones, esto es, en comisión de estudios, en comisión de estudios no remunerada, en comisión para ocupar cargo de libre nombramiento o remoción, en licencia, en uso de permiso, en vacaciones, suspendidos por medida penal o disciplinaria, o prestando servicio militar;

c) Retirados del servicio». (Destacado nuestro)

² por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente

Por su parte, respecto al retiro de los empleados provisionales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-917 de 2010 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, 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 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).

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera viable que el docente nombrado provisionalmente, sea retirado del servicio una vez se termine la situación administrativa que produjo la separación del temporal del titular. Esto, en razón a que el nombramiento en provisionalidad genera una estabilidad relativa, es decir, que solo podrán ser retirados del servicio por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la terminación de la situación administrativa que generó la vacancia temporal del empleo.

Ahora bien, en cuanto a su comunicación sobre la prohibición de retirar empleados mientras subsista la emergencia sanitaria, me permito informarle que, con la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID 19, y la expedición de los decretos para afrontar dicha emergencia, no se modificaron las normas sobre administración de personal y en tal sentido, tampoco sufrió modificación alguna las disposiciones sobre retiro del servicio de los servidores públicos.

En ese sentido, sobre el retiro del servicio de los empleados en provisionalidad durante la pandemia, la Corte Constitucional mediante sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, declaró exequible el artículo 14 del Decreto 491 de 2020, así:

«6.267. Ahora bien, frente a los cuestionamientos realizados al artículo 14 por los intervinientes, la Sala considera que las apreciaciones sobre la afectación de derechos carecen de soporte, y las relativas a las dificultades de transición aluden a una valoración fáctica que escapa al control constitucional. Específicamente, esta Corporación estima que:

*(i) A pesar de que para algunas personas el posible retiro del cargo que ocupan en provisionalidad ante su provisión por concurso puede llegar a afectar su estabilidad económica en medio de la pandemia, lo cierto es que **la naturaleza de su vinculación provisional lleva implícita dicha eventualidad** y, por ende, **no puede alegarse como una circunstancia imprevisible que exigiera por parte del legislador un trato preferencial**» (Destacado fuera del texto)*

Señala la Alta Corte, que frente a la afectación de los derechos de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que debe ser retirados del servicio durante la pandemia por el COVID 19, a causa de la provisión de sus empleos con las personas que ganaron el respectivo concurso de méritos, carecen de sustento constitucional y legal, pues la naturaleza de su vinculación provisional lleva implícita dicha eventualidad y, por ende, no puede alegarse como una circunstancia imprevisible que exigiera por parte del legislador un trato preferencial.

En consecuencia, en virtud de lo que se ha dejado indicado en el presente concepto, como quiera que con los decretos expedidos para afrontar la pandemia y la declaratoria de emergencia sanitaria no se modificaron las normas relacionadas con el retiro del servicio, resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción. Para el caso de consulta, el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad procederá, por la terminación de la situación administrativa del titular que generó la vacancia temporal del empleo.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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.



El servicio público
es de todos

Función
Pública

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Con copia: Amejiam@mintrabajo.gov.co y oaj.consultas@mintrabajo.gov.co.

Proyectó: María Tello
Revisó: Harold Herreño
Aprobó: Armando López

11602.8.4