

Bogotá D.C.,

Señora

Radicado de entrada: 201504200024 del 20 de abril de 2015
Asunto: Información retiro de provisionales

Respetada señora

Mediante solicitud registrada en el aplicativo PQR (Peticiónes, Quejas y Reclamos) dispuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil para tal efecto, al cual se le asignó el radicado de entrada número 201504200024 del 20 de abril de 2015, Usted solicitó lo siguiente:

“En la entidad existe un cargo (...) el cual está provisto en provisional (sic) por seis meses que terminan el 02 de mayo de 2015, yo solicité como funcionaria de carrera encargo en el mismo por tener derecho preferencial y cumplir con todo lo establecido en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Se me dice que de acuerdo con sentencias de la Corte Constitucional no es posible conceder en encargo ya que prevalece el derecho del Provisional a conservar el mismo. (...)”.

En primera medida, es conveniente referirse a las precisas funciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil para el ejercicio de las competencias de administración y vigilancia del sistema de carrera, designadas por el artículo 130 de la Constitución Política de Colombia, entre las cuales, si bien tiene la de absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa, es claro que, en virtud de ella no cuenta con la potestad para servir de instancia jurídica consultiva que implique o le permita coadministrar las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, que si bien pueden guardar relación con la carrera administrativa, lo cierto es que las decisiones a adoptar son de exclusiva competencia de la Administración; sin embargo, la CNSC en cumplimiento de sus funciones, solo se pronunciará en términos normativos respecto del tema en cuestión y únicamente con fines informativos, así:

En cuanto a la provisión transitoria de empleos de carrera administrativa resulta del caso precisar que, como regla general los empleos en vacancia definitiva deberán ser provistos mediante concurso de méritos; sin embargo, mientras se lleva a cabo el proceso de selección, la ley faculta su provisión mediante la figura

www.cnscc.gov.co

Sede Principal: Carrera 16 No. 96-64, Piso 7°
Horario de Atención al Público y Chat:
Lunes a Viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m.
PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259713
Línea Nacional 01 900 331 10 11

SuperCADE CAD: Carrera 30 No. 25-90,
Zona C, Módulo 120.
Horario de Atención al Público:
Lunes a Viernes de 7:00 a.m. - 7:00 p.m.
Sábado de 8:00 a.m. - 11:00 a.m.
Bogotá D.C., Colombia.

del Encargo prevista en el artículo 24¹ de la Ley 909 de 2004, y conforme a lo establecido en el artículo 25² de la Ley ibídem, procede la provisión transitoria a través del Nombramiento Provisional, de manera excepcional y **únicamente cuando no fuere posible su provisión a través de encargo con servidores públicos de carrera administrativa.**

En consecuencia y en cuanto a su interrogante, es necesario indicar que la Sentencia SU – 917 de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, precisó entre otras cosas, lo siguiente:

*“(...) 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”**”.*
(Marcación intencional)

“(...) 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 administrativa³ 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

¹ “(...) los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. (...)”.

² “(...) Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que implique separación temporal de los mismos **serán provistos en forma provisional** solo por el tiempo que duren aquellas situaciones (...)”
(Negrita fuera del texto).

³ CP., Artículo 209.- “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

*cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados*⁴.

*Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"*⁵, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁶. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁷. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen "explícitas" en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración⁸, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos (...)"

Así las cosas, resulta preciso traer a colación lo establecido en la Circular No. 032 del 03 de agosto de 2012⁹, expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP, en los siguientes términos:

"(...) Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexecutable de los Actos Legislativos No. 01 de 2008 o 04 de 2011 o el vencimiento del término de duración

⁴ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

⁸ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación", al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, "Las razones del Derecho". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, "La Argumentación en el Derecho". Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, "Argumentación y sentencia". En: Revista DOXA 21, 1998.

⁹ "Retiro empleados vinculados mediante nombramiento provisional regulados por la Ley 909 de 2004."

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. (...)"

En este sentido se informa que, la decisión de terminar un encargo o de declarar la insubsistencia de un servidor nombrado en provisionalidad, es potestad del nominador quien en ejercicio de su facultad debe tomar las decisiones según corresponda a través de actos administrativos motivados.

Aunado a lo anterior, se indica que el derecho que tiene un empleado inscrito en carrera administrativa a ser encargado, surge cuando existe una vacante, que requiere ser provista por la entidad de manera temporal, mientras se realiza el correspondiente proceso de selección; momento a partir del cual, nace así mismo la obligación para la entidad de realizar la verificación respecto de en qué funcionario recae el derecho de encargo, previo cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, entre ellos las exigencias contempladas en el manual de funciones para su desempeño.

Lo anterior quiere decir que la verificación del cumplimiento de los requisitos para acceder al encargo, debe ser realizada por la entidad de manera previa a la designación de un servidor en calidad de provisional, por lo que, cuando se realiza la provisión transitoria con un funcionario que acreditó el cumplimiento de los requisitos, nos encontramos frente a una situación jurídica consolidada, quedando a cargo del nominador la decisión de dar por terminado dicho nombramiento.

En este sentido se atiende su solicitud, no sin antes manifestarle que la dirección a la cual se dirige la presente respuesta, coincide plenamente con la suministrada en su escrito.

Cordialmente,


BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO
Comisionada (E)

Proyectó: Herika Mejía Morán
Revisó: Paula Tatiana Arenas González - Asesora 

www.cnsc.gov.co

Sede Principal: Carrera 16 No. 96-64, Piso 7°
Horario de Atención al Público y Chat:
Lunes a Viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m.
PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259713
Línea Nacional 01 900 331 10 11

SuperCADE CAD: Carrera 30 No. 25-90,
Zona C, Módulo 120.
Horario de Atención al Público:
Lunes a Viernes de 7:00 a.m. - 7:00 p.m.
Sábado de 8:00 a.m. - 11:00 a.m.
Bogotá D.C, Colombia.