



**Función Pública**

## Concepto 229211 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000229211\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000229211

Fecha: 23/06/2022 12:33:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad laboral reforzada. Radicado. [20222060213722](#) de fecha 2022-05-23.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por usted, en la que manifiesta que: “(...)CASO PUNTUAL: Se refiere a un concurso convocado y realizado por la CNC que sea declarado desierto porque ningún concursante superó la totalidad de las pruebas eliminatorias o tampoco alcanzó el puntaje mínimo total denominado para superar el concurso pero haciendo la aclaración que dentro del mismo concurso declarado desierto por la CNSC, uno de los concursantes no aprobados es quien desempeña en provisionalidad por más de 25 años el cargo objeto de concurso y que resultó desierto.

*PREGUNTAS INHERENTES AL CASO PUNTUAL QUE SOLICITO SEAN RESUELTAS EN MI DERECHO DE PETICIÓN. Pregunta No1. ¿Puede ese concursante seguir en el cargo que desempeña en provisionalidad habiendo perdido el concurso y si es así hasta cuándo? Pregunta No 2. ¿La Comisión nacional del servicio civil puede expedir un acto administrativo retirando a ese concursante que ha perdido el concurso que ha declarado desierto o de quién es la competencia de hacerlo si es posible? Pregunta No 3. ¿Puede el patrono con el acto administrativo de la Comisión nacional del servicio civil que declaró desierto el concurso retirar del servicio a la persona que desempeñe el cargo en provisionalidad por haber perdido el concurso y consecuentemente hacer un nuevo nombramiento a otra persona a la que ocupa el cargo en provisionalidad? Pregunta No 4. Son tres preguntas relacionadas así: a) ¿qué sucede si el concursante que desempeñando el cargo en provisionalidad por más de 25 años que tiene la condición de madre o padre cabeza de familia perdió el concurso y ese cargo sea declarado desierto? b) ¿existe algún tipo de protección o trato preferencial a esa condición de vulnerabilidad de padre o madre cabeza de familia contra acciones del nominador que tienden a proveer ese cargo en provisionalidad cuyo concurso lo declaró desierto la Comisión nacional del servicio civil? c) ¿ante quien debo hacer la reclamación o queja por una potencial violación del dominador a esa protección o trato preferencial de una condición de padre o madre cabeza de familia? Pregunta No 5 ¿Es cierto o falso y cuáles son las razones por las cuál es la administración de la entidad nominadora del Estado antes de retirar del servicio a los a los provisionales que desempeña un cargo que fue objeto de un concurso que la Comisión nacional del servicio civil ha declarado desierto deberá tener en cuenta la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia discapacidad o enfermedad catastrófica en los términos señalado por la normatividad legal vigente antes de tomar la decisión de desvincularlos? Pregunta No 6. ¿ Puede el nominador revocar el nombramiento en provisionalidad de más de 25 años donde la concursante siempre ha tenido desempeños y calificaciones sobresaliente con múltiples reconocimientos en su hoja de vida por el simple hecho de perder el concurso convocado por la Comisión nacional del servicio civil a pesar de que el mismo concurso se ha declarado desierto por la Comisión nacional del servicio civil?.*

(...)”.

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

La resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares. No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada por usted, se le informa que, es preciso traer a colisión lo reglamentado por nuestra Constitución Política Nacional en el artículo 125 que reza:

*“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

Respecto al primero asunto que ocupa su solicitud, el cual es un concurso desierto, el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015 dispone frente a la declaratoria de desierto de un concurso, lo siguiente:

*Los concursos deberán ser declarados desiertos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:*

*Cuando no se hubiere inscrito ningún aspirante o ninguno hubiere acreditado los requisitos, o cuando ningún concursante haya superado la totalidad de las pruebas eliminatorias o no haya alcanzado el puntaje mínimo total determinado para superarlo.*

*PARÁGRAFO . Declarado desierto un concurso se deberá convocar nuevamente dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, si revisado el orden de prioridad para la provisión de empleos de que trata el artículo 2.2.5.3.2 del presente decreto, se concluye que ésta continúa siendo la forma de proceder.*

Para ser declarado desierto un concurso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, debe ser motivada mediante acto administrativo este suceso, para la provisión definitiva de dichos cargos, la entidad deberá nuevamente, participar con la Comisión Nacional de Servicio Civil en el proceso de planeación conjunta y armónica, a efectos de convocar un nuevo concurso de méritos, para la provisión definitiva de los respectivos empleos.

Ahora bien, con relación a la situación del empleado nombrado en provisionalidad en el empleo público de carrera administrativa y el cual estuvo en concurso, interrogante número uno, es importante tener en cuenta que la Ley 909 de 2004 consagra 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 1083 de 2015, dispuso:

*“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”.*

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado, a saber:

*“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 son, 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 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 nuestro).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales 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.

Por lo tanto, los empleados vinculados con carácter provisional que se vienen desempeñando en los empleos de carrera a los cuales hace referencia, conservarán tal carácter hasta tanto se provean dichos cargos en forma definitiva, con los integrantes de la lista de elegibles, resultado del nuevo concurso de méritos, que ocupen los primeros puestos en la misma, o sean retirados por cualquiera de las causales legales de retiro del servicio.

Respecto a sus interrogante número dos y tres, se cita el siguiente artículo del Decreto 1083 de 2015:

*“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”.*

Por lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio es competente para adelantas los concursos con vacantes definitivas, no es una entidad que tenga la competencia de retirar a empleados de los puestos en las entidades públicas, y son estas mismas quienes tienen el deber de motivar los actos administrativos que terminen o prorroguen un nombramiento en provisionalidad, las entidades públicas pueden prorrogar o cambiar al empleado, pero es facultativo de la administración. La comisión nacional del servicio civil solo motivará el acto por el cual se declara desierto un concurso.

Continuando con su interrogante número cuatro donde plantea varios interrogantes, inicialmente sobre la condición de madre o padre de cabeza de familia de un empleado nombrado en provisionalidad y que tiene más de 25 años en el cargo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los pre pensionados por concurso, refirió:

*“En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.*

*La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.*

*Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>11</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación<sup>12</sup>. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.*

*En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: “... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados”*

*Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.*

*En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.*

*Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, Artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.*

*En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.”*

*(Negrilla fuera de texto)*

De acuerdo con la norma y jurisprudencia anterior, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo, en su caso puntual donde el concurso fué declarado desierto, se reitera lo señalado en la primera respuesta "los empleados vinculados con carácter provisional que se vienen desempeñando en los empleos de carrera a los cuales hace referencia, conservarán tal carácter hasta tanto se provean dichos cargos en forma definitiva, con los integrantes de la lista de elegibles, resultado del nuevo concurso de méritos, que ocupen los primeros puestos en la misma, o sean retirados por cualquiera de las causales legales de retiro del servicio”.

La estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: “(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.” (sentencia T-595 de 2016).

Finalmente, un empleado provisional que padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá ceder la su puesto a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, a su vez, las reclamaciones que se pueden realizar por una posible vulneración de derechos a una persona en estado de vulnerabilidad y el cual la administración no tuvo en cuenta, es conveniente decir que no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni pronunciarnos de manera específica con relación a las decisiones sobre la administración del personal al interior de las entidades.

Respecto a su interrogante número cinco y sexto, donde manifiesta la inquietud sobre la acreditación de padre o madre de cabeza de familia que argumenta un empleado en provisionalidad, y que debe tener en cuenta la administración para conservarlo en el caso de un concurso de méritos que fue declarado desierto, se considera importante destacar que como quiera que no existe lista de elegibles, pues según su escrito, el mismo fue declarado desierto, se considera procedente reiterar la conclusión dada a su primer interrogante, en la que se indica que los empleados vinculados con carácter provisional que se vienen desempeñando en los empleos de carrera a los cuales hace referencia, conservaran tal carácter hasta tanto se provean dichos cargos en forma definitiva, con los integrantes de la lista de elegibles, resultado del nuevo concurso de méritos, o sean retirados por cualquiera de las causales legales de retiro del servicio

En caso de requerir información adicional respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Cristian Camilo Torres de la Rosa.

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:12:39