



Función Pública

Concepto 222731 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000222731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000222731

Fecha: 17/06/2022 01:38:35 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Provisional. Retiro del servicio a provisional prepensionado por la provisión del cargo mediante concurso de méritos. Radicado No. 20229000183002 de fecha 30 de abril 2022.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por usted, en la que manifiesta que solicita se le aclare el concepto emitido por esta Dirección Jurídica bajo el Radicado No. 20229000118632 y que se le informe qué norma se aplicaría o si debe ser nombrado en periodo de prueba.

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.

En ese sentido, 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 manera de orientación, se le indicará la normatividad aplicable a su inquietud con el objeto que el consultante adopte las decisiones respectivas sobre el tema.

Dando alcance a la consulta radicada bajo el No. 20229000118632, a la cual esta Dirección respondió con el radicado No. 20226000154191, en la que consultó: *se presentó a un concurso y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, sin embargo el nombramiento no ha sido efectuado ya que el cargo se encuentra ocupado por un prepensionado y la administración debió nombrarla en periodo de prueba el pasado 13 de diciembre, fecha límite para comunicarle el acto administrativo, se reitera lo informado en esa oportunidad:*

Igualmente, la Ley [1955](#) de 2019, la cual expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” en su artículo [263](#) expone:

ARTÍCULO 263. Reducción de la provisionalidad en el empleo público. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo [9°](#) de la Ley [1033](#) de 2006.

(...)

PARÁGRAFO 2. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

En este orden de ideas, los empleos vacantes en forma definitiva que estén desempeñados por empleados con nombramiento en provisional y les faltara 3 años o menos a causar su derecho pensional será ofertados por la CNSC una vez el empleado cause su derecho pensional.

En consecuencia, es necesario verificar que el empleo objeto proceso de selección no haya sido ofertado antes de la vigencia de la ley 1955 de 2019 el 25 de mayo de 2019, ya que si se realizó con anterioridad no se le aplicaría lo establecido en el artículo 263.

El Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados, esta Dirección 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.

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 administrativo motivado.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 de 2008, se pronunció sobre el tema, señalando:

“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

(...)”.

(Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, sostuvo:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma

condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad". (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideró:

"En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

(...)

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".

Por otro lado, la ley [2040](#) de del 27 de julio de 2020, la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores, dispone:

"ARTÍCULO 8, Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional."

De conformidad con lo anterior, y dando respuesta a su interrogante, en el caso de los prepensionados, se indica que ante la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, empleados con nombramiento provisional o temporal, deberán presentar a la entidad la documentación que acredite su condición de pre-pensionados y una vez se surta el trámite correspondiente y se expida la constancia escrita, la administración deberá por disposición legal, reubicarlos en los términos del artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional.

Sin embargo, esta Dirección Jurídica de acuerdo con la norma, considera que para hacer efectiva esta protección es necesario haber acreditado la calidad de pre-pensionado antes de que los cargos salgan a concurso de la CNSC.

Por lo tanto si con posterioridad a la convocatoria por parte de la CNSC, y en caso de que el servidor adquiera la calidad de pre-pensionado, la entidad debe hacer todo lo posible para reubicar a los servidores públicos que acrediten esta calidad, puede esto ser en un cargo de vacancia temporal, definitiva o planta temporal, en todo caso, de no ser posible ninguno de estos eventos, entonces se debe motivar el acto de retiro del servicio por provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

En todo caso, la terminación del nombramiento provisional procede mediante la expedición de acto administrativo motivado, así como que la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En consecuencia, cuando se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, independientemente del tiempo de servicio, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón atenuante al servicio que está prestando el servidor.

En caso de que no sea posible la reubicación de empleados que cumplen con los requisitos para acceder a pensión por no contar con empleos para tal fin, los mismos deberán ser retirados de conformidad con el procedimiento que se indicó previamente, toda vez que prevalecen los derechos de quien superó el concurso público de méritos.

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: Rosamelia Piñeres Romero

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:15:56