



## Concepto 099721 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000099721\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000099721

Fecha: 04/03/2022 04:27:36 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleado Provisional. Radicado: 20229000102102 del 28 de febrero de 2022.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual solicita no retirar del servicio a una empleada que se encuentra en calidad de madre cabeza de familia, teniendo en cuenta que en las convocatorias públicas de méritos que concursó no fue seleccionada para ocuparlo en periodo de prueba por el puntaje obtenido, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante indicar que de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre las situaciones internas de las entidades, para declarar derechos ni dirimir conflictos que se presenten dentro de las entidades, aunado a esto, y refiriéndonos a su consulta, usted no relaciona en qué calidad se encuentra nombrado, sin embargo, esta entidad haciendo una interpretación general, asumirá que el empleado se encuentra nombrado en provisionalidad.

En ese sentido, y de forma general, el artículo 125 de la Constitución Política dispone que por regla general los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, y su titularidad se obtendrá a través de la demostración del mérito.

El artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015<sup>1</sup> por su parte, frente a la terminación del nombramiento provisional, dispuso lo siguiente:

*“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”*

Esta norma se encuentra en sujeción a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, que en pronunciamiento<sup>2</sup>, consideró que para los funcionarios nombrados en provisionalidad 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); y el derecho que le asiste al empleado provisional de conocer las razones por las cuales se retira del servicio, para efectos de que ejerza su derecho de contradicción.

La Corte Constitucional frente al deber de motivar el acto administrativo por el cual se retira del servicio a un empleado nombrado en provisional consideró lo siguiente mediante sentencia<sup>3</sup>:

*“3.4. El deber de motivación de los actos administrativos*

*3.4.1 Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta*

Corporación ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

3.4.2 La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción. (...)

3.4.4 En conclusión, “en primer lugar, (...) la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (...)”. (Subrayado fuera del texto original)

En la misma sentencia, esta vez sobre la estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en provisionalidad, concluyó lo siguiente:

“3.5.6 Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.”

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con la cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”<sup>[38]</sup>.<sup>[39]</sup> En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

(...)

3.5.10 En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.” (Subrayado fuera del texto original)

En los términos de la Corte Constitucional, la administración en el desarrollo de sus actos deberán estar en concordancia con los fines de la función pública, esto con el fin de que se eviten arbitrariedades y se permita el control efectivo sobre los mismos, en tal sentido, los actos administrativos que se expidan deberán encontrarse justificados con las razones que lo acompañan, con el único fin de que los administrados controviertan estas razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación al derecho de contradicción.

Para este Alto Tribunal, los empleados en provisionalidad tienen una expectativa de permanencia en el cargo (estabilidad intermedia) hasta que este sea provisto mediante concurso, y no goza de la estabilidad reforzada en dicho cargo, toda vez que no ha superado el concurso de méritos. Entonces esta estabilidad que acompaña a los empleados provisionales, se enmarca en la taxatividad de las causales para ser removidos del empleo en el cual se encuentran nombrados en tal calidad, resaltando que la razón principal por la cual podrán ser retirados es aquella que consiste en que el cargo va a ser ocupado por un aspirante que ha participado en un concurso de méritos y ha ocupado primer lugar en la lista

de elegibles para emprender su periodo de prueba.

Bajo estos criterios, y atendiendo su tema objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional en condición de madre cabeza de familia, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, puesto que como lo advierte esta corporación, su situación especial no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Ahora bien, respecto a la figura de retención social que usted indica en su consulta para los empleados nombrados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa, es pertinente abordar la Ley 790 de 2002<sup>4</sup>, que consagra lo siguiente:

*“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).”*

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 dispone lo siguiente frente a los destinatarios de la protección especial contemplada en la ley citada de precedencia, así como lo referente al orden para la provisión de empleos de carrera respectivamente, a saber:

*“ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1 del presente decreto.”*

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...)*

*PARÁGRAFO 2°. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”. (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)*

De la normativa transcrita, se tiene entonces que la ley ha dispuesto para aquellos empleados públicos que se encuentren en situación de protección un amparo especial, no siendo absoluto, toda vez que se dará su aplicación en la medida que, para efectos de acceder al beneficio, el servidor público demuestre su condición, y la entidad verifique la misma.

Estas condiciones dispuestas en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, se entiende que es para aquel empleado público en debilidad manifiesta por acreditar ser madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años; direccionada para aquellas entidades que se encuentren en desarrollo de reestructuración o liquidación, procesos en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, debiendo asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta inclusive, cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Es importante advertir que la protección especial del Retén Social se aplica a todos los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano, a las entidades en liquidación o reestructuración.

Bajo ese entendido, y conforme a lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 2.2.5.3.2, una vez se conozca la lista de elegibles de los que han

superado el concurso de méritos con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, y el cargo del empleado nombrado en provisionalidad tenga que ser provisto definitivamente, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirarlo del servicio, se tendrá que tener en cuenta el orden de protección, situándose en el segundo numeral la condición que usted relaciona en su consulta.

No obstante, es pertinente advertir que la norma condiciona dicha protección a que la lista de elegibles cuente con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, si es lo contrario el empleado nombrado en provisionalidad será declarado insubsistente.

Para dar claridad a su situación en concreto, es pertinente traer a su conocimiento sentencia<sup>5</sup> de tutela proferida por la Corte Constitucional en la cual se consideró lo siguiente en lo que respecta a la figura de retén social, a saber:

*“El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.”*

A su vez, la misma corporación, esta vez frente a la estabilidad laboral que se deriva del “retén social” consideró mediante sentencia<sup>6</sup> que cuenta con las siguientes restricciones, a saber:

*“(i) Por una parte, los servidores públicos que se encuentran cobijados por la garantía de estabilidad laboral como consecuencia del denominado “retén social” pueden ser desvinculados siempre que exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; y*

*(ii) Por otra parte, la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos derivada del “retén social” se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección.*

*En consecuencia, ha dicho la Corte, “la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo”. De esta manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el “retén social” y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público. (...)*

*50. No obstante, la Corte Constitucional también ha reconocido que la protección especial derivada del “retén social” “sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla”. Por ende, es indispensable tener en cuenta las limitaciones propias de los procesos de reestructuración, fusión o liquidación de entidades y se deben ponderar los principios constitucionales de la función administrativa con la especial protección de la que son titulares los servidores públicos beneficiarios del “retén social”. (Negrilla original, Subrayado fuera del texto original)*

Así entonces, de conformidad a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional y normativa expuesta, para el presente asunto, es importante tener claro las restricciones con que cuenta la figura del “retén social”, puesto que en los términos de esta alta corporación, esta figura no puede entenderse a manera de la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que constitucionalmente debe armonizarse con los principios de la función administrativa que justifican como en este caso, la provisión de un empleo de naturaleza de carrera administrativa por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso de méritos.

Es así que, y para dar respuesta a su consulta en concreto, la norma contempla la posibilidad de aplicar la estabilidad laboral reforzada para aquellos empleados que ocupen en provisionalidad empleos de carrera administrativa, en la medida de que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan otorgarla, esto es, que dicho concurso cuente con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, caso en el cual la administración podrá reubicarlos en otro empleo; en caso de que no se cumpla con este presupuesto, en mérito de lo expuesto por la Corte, el empleado provisional deberá ser retirado del servicio, toda vez que se debe proteger el derecho al trabajo a quienes superaron concurso de méritos.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

2. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 17 de enero de 2008, Sentencia T-007/08, [MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]

3. Corte Constitucional, Sala Plena, 24 de julio de 2014, Referencia: expedientes T-3.275.956, T-3.319.445 y T-3.347.236, Consejero Ponente: Luis Guillermo Guerrero López.

4 *“por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*

5. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 10 de abril de 2012, Referencia: expediente T-3.706.556, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

6. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 05 de marzo de 2018, Referencia: Expediente T-6.351.900., Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:14:53*