



# Concepto 104101 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000104101\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000104101

Fecha: 13/03/2023 09:35:26 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA 20232060075542 del 2 de febrero de 2023.

Acuso recibo de la remisión de escrito, el cual fue remitido a este Departamento Administrativo mediante la radicación 05EE2023740500100001886 a través del mismo se evidencia la situación de la Señora *KELLY JOHANA CUELLO GRANDONA* donde la expone situación y el proceso que la misma ha enfrentado conforme a su discapacidad física y motora, así como la reincorporación que se efectuó luego de finalizar la planta temporal como tampoco la superación de concurso; por lo que dentro del marco de nuestras competencias me permito pronunciar lo siguiente.

En primer lugar, se precisa que este Departamento Administrativo en ejercicio de las funciones descritas en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para realizar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control o vigilancia, ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república, tampoco cuenta con la facultad legal para autorizar, asistir, permitir o vigilar la eventual reincorporación de un ex empleado público.

Por lo tanto, y en atención a la orden de su Juzgado, se dará información general sobre el tema objeto de la solicitud.

Así las cosas, y con el fin de dar respuesta a su solicitud, se considera importante tener en cuenta que, en relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, el Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> dispone:

*“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”.*

De acuerdo con lo anterior, este Departamento Administrativo ha sido consistente al conceptuar que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive el acto de retiro, dicha posición ha sido consonante con 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 ejerza su derecho de contradicción, si este es su deseo.

De acuerdo con lo precisado tenemos, entre otras, la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, que sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad expresa:

*“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”*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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.

Ahora bien, en relación con el retiro del empleado público que eventualmente pueda ser considerado como sujeto de especial protección, se indica que de conformidad con criterio expuesto por la Corte Constitucional, citado previamente, reiterando que 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 el caso de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional objeto de especial protección, 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, ya que como lo señala la Corporación su situación especial no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

No obstante, de acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibidem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

Respecto del orden para la provisión de empleos de carrera, el Decreto 1083 de 2015 prevé lo siguiente:

*“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:

Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

**PARÁGRAFO 3.** Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

**PARÁGRAFO 4.** La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

De acuerdo con lo previsto en la norma, se tiene que, en el caso que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al 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, entre otros, a quienes tienen la condición de discapacidad, para que en lo posible estos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

Del mismo modo, es pertinente traer a su conocimiento la sentencia proferida por la Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, del 08 de junio de 2017, expediente T 6.029.419, Consejera Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, en la que se pronunció en relación con eventual vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, vida digna, igualdad, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y derecho de los niños por la desvinculación de una empleada que tiene una enfermedad de alto costo -cáncer que se encontraba ocupando en provisionalidad un empleo de carrera administrativa y fue provisto por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso en los siguientes términos:

"Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011,

cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento". (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, y valorando las razones expuestas por la Corte Constitucional así como la normativa citada, para el presente asunto, es importante tener claro que la protección especial dispuesta para los empleados que se encuentren en debilidad manifiesta en los términos del artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015, no puede entenderse a manera de conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que deberán prevalecer los derechos de quienes ganan concurso de méritos.

En este orden de ideas, señala la Corte que, si bien por la circunstancia de su condición de salud no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa a favor de estos servidores públicos.

Por lo anterior, indica la Corte que, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esa Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de eventual especial protección, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos, retirando del servicio de últimos, y en caso de no ser posible adoptar tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

<sup>1</sup>“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”.

<sup>2</sup>“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:05:43*