



Concepto 262031 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000262031

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000262031

Fecha: 17/06/2020 03:24:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Retiro empleado con nombramiento provisional. RAD. 20209000216742 del 29 de mayo de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual informa que trabajó en la Universidad Nacional de Colombia como provisional, desde el 01 de agosto de 2000 hasta el 04 de mayo de 2020, fecha en la que le terminan su nombramiento a raíz de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos, ante tal situación tiene varias inquietudes, al respecto y con el fin de atender su solicitud, se provendrá a efectuar las siguientes consideraciones de carácter general, y al final se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos:

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 modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

El artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015¹ respecto al retiro de los provisionales, establece:

«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 [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, refirió:

«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 es, 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.»(Negrita y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, la Circular Conjunta No. 00000032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

«De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración 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.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.»

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 empleado concreto.

Por consiguiente, y dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

De otra parte, respecto a los empleos en provisionalidad la Ley 909 de 2004 en su artículo 25 señala lo siguiente:

«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.»*

El nombramiento provisional es una forma de proveer de manera transitoria los empleos de carrera administrativa, cuando se presenta una vacante y en el evento en que no haya personal de carrera que cumpla con los requisitos para ocuparlo.

Ahora bien, respecto a la desvinculación del empleado provisional la Corte Constitucional en Sentencia C-279 de 2007, señaló:

«*Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción.. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.*

- *Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada.. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede 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.» (Subraya fuera de texto)*

De conformidad con la norma y jurisprudencia citada, si el empleo es ganado mediante concurso de méritos, por una persona distinta al provisional que la ocupa, este deberá ser reemplazado por quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles. Es de anotar que la norma no consagra excepciones en esta situación.

Por otra parte, y frente a la indemnización de los empleados provisionales al retirarse de la entidad, me permito informarle lo siguiente:

El artículo 44 de la precitada Ley 909 de 2004², dispone:

«ARTÍCULO 44. *Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo.*

Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno

Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.» (Subraya fuera de texto)

A su vez, el Decreto 1083 de 2015, establece:

«ARTÍCULO 2.2.11.2.1 Derechos de los empleados de carrera por supresión del empleo. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el ARTÍCULO 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.»

Así las cosas, con la terminación del vínculo laboral, por el nombramiento de quien obtuvo el primer lugar en el concurso, el empleado público nombrado provisionalmente, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se hayan causado y no se hayan cancelado; así como a las prestaciones sociales que admitan el pago proporcional de acuerdo al tiempo laborado; así mismo, tendrá derecho al reconocimiento y pago de los salarios que se adeuden al momento del retiro de acuerdo al tiempo laborado.

Es pertinente mencionar, que solo el empleado con derechos de Carrera Administrativa a quien le supriman el empleo por las diferentes causas contempladas en la ley, tendrá derecho a optar por la reincorporación en otro empleo igual o equivalente, o por la indemnización.

Por consiguiente, no es procede una indemnización, debido a que ésta no opera para empleados provisionales que son remplazados por quienes superan el respectivo proceso de selección.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

1. *¿Si tengo derecho a que la universidad me pague una liquidación y la misma que cubre y por cuanto tiempo me debe salir la liquidación, cuanto se debe tomar la Universidad para generar mí liquidación?*

R/. El empleado público nombrado provisionalmente, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se hayan causado y no se hayan cancelado; así como a las prestaciones sociales que admitan el pago proporcional de acuerdo al tiempo laborado; así mismo, tendrá derecho al reconocimiento y pago de los salarios que se adeuden al momento del retiro de acuerdo al tiempo laborado.

Ahora bien, es importante reiterar que no procede la indemnización, debido a que ésta no opera para empleados provisionales que son remplazados por quienes superan el respectivo proceso de selección.

En cuanto al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, le informo que sobre el pago de cesantías definitivas, la Ley 1071 de 2006 establece que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Dispone la misma norma en su artículo 5º que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario,

cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Es preciso señalar que para las demás prestaciones sociales, no existe una norma que disponga un término para su liquidación y pago.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia T-936/00, respecto de la oportunidad en el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales al momento del retiro, señaló: «*En el presente caso, la situación de las demandantes resulta bastante apremiante, máxime cuando, la entidad demandada, no sólo reconoce abiertamente adeudarles los salarios de siete meses, sino que además, confirma que los recursos por concepto de liquidación de las trabajadoras, tampoco les han sido pagados, lo cual resulta más grave aún, pues ha de entenderse que los dineros que todo empleador debe cancelar a los trabajadores al momento de finalizar una relación laboral, tienen como finalidad primordial, la de cubrir las necesidades básicas y elementales que son inaplazables para todo ser humano y que servirán como sustento económico hasta tanto se vincule nuevamente a otro trabajo. Por ello, la imposibilidad por parte de las accionantes, de cumplir a cabalidad sus obligaciones más elementales como vivienda, alimentación y vestuario hace presumir la afectación al mínimo vital, y a las condiciones mínimas de vida digna.*»³ (Subraya Nuestro)

De conformidad con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, la entidad u organismo público debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan al finalizar la relación laboral con los servidores públicos, dándose un plazo moderado para tal fin, de tal forma que no se ocasione un perjuicio o ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y su familia, teniendo en cuenta su nueva situación de desempleados.

Ahora bien, la prescripción de los derechos de los empleados públicos es por regla general de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

La aplicación de la anterior norma se fundamenta en lo expresado en la sentencia de la Corte Constitucional C-745 de 1999, referente a la demanda del primer inciso del artículo 4º de la Ley 165 de 1941 (que consagraba el término que venía rigiendo para la prescripción de salarios), fallo en el cual se precisa que dicha norma se encuentra derogada tácitamente por la nueva legislación laboral y da paso a la aplicación del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En tal sentido, el Código de Procedimiento Laboral, aplicable en este punto a los empleados del Estado, señala: El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en su Artículo 151.- dispone: “Prescripción. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años*, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

No obstante, sobre las acreencias laborales cabe precisar que esta Dirección, acogiendo los criterios planteados por la Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, ha considerado que el término de prescripción de los derechos laborales de los servidores públicos es de tres (3) años. Para mayor ilustración se transcribe un aparte de la citada sentencia:

«*En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades⁴, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues “la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales”⁵. En otro pronunciamiento, la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo:*

“*No es válida la argumentación que hacen algunos en el sentido de que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo no es aplicable a los empleados públicos, especialmente por lo dispuesto en el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta norma se refiere únicamente a las disposiciones del mismo estatuto en lo concerniente a las relaciones laborales de carácter individual; además, la exclusión que hace comprende también a los trabajadores que se encuentren respecto del Estado en situación de índole contractual, los cuales están totalmente sujetos a las normas del Código Procesal del Trabajo. Por su parte, el artículo 2º de este Código se limita a señalar los asuntos de que conoce*

la jurisdicción del trabajo en forma tal que excluye ciertamente los que conciernen a empleados públicos; pero no los deja completamente al margen de las disposiciones de dicho estatuto, pues se les aplican las que regulan la ejecución de obligaciones a cargo del estado y a favor de ellos, de conformidad con el inciso segundo del mismo artículo, como también del artículo 100 ibídem, que hablan genéricamente de "obligaciones emanadas de la relación de trabajo" "originadas en ella, sin circunscribirse a las de tipo contractual. En suma, las normas del Decreto 2159 no fueron instituidas exclusivamente para lograr la efectividad de los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo, expedido, además, con posterioridad al citado estatuto procesal. Por último, ya se indicó que sin que importe la ubicación física de la norma, la del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo es de naturaleza sustancial y no de carácter adjetivo o procedimental"⁶ » (Destacado nuestro)

De acuerdo con la sentencia anteriormente transcrita y en lo que a la prescripción de derechos laborales se refiere, por regla general, el término es de tres (3) años. Este término se interrumpe mediante la solicitud escrita del reconocimiento del derecho, con excepción de la prescripción del derecho a vacaciones prevista en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978, que contempla un término de 4 años que se contarán a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.

2. Me faltaron tres meses para cumplir el pago del quinquenio de los 19 años y 9 meses que llevó, por lo que quiero saber ¿si tengo derecho a un pago promedio?

3. El día 28 de mayo de 2020, la Universidad me consignó únicamente un salario del 1 al 3 de mayo y la resolución dice que termina el 4 de mayo de 2020, me pagaron un promedio de año de servicio, pero no me promediaron el quinquenio, adjunto recibo de pago.

R/. Sobre la autonomía de los entes universitarios y su facultad para establecer su propio régimen salarial, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 23 de septiembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03685-01(0281-08), señaló:

«3. Limitación al principio de la autonomía universitaria

... el régimen especial de los entes universitarios autónomos es de origen constitucional (art. 69), de tal forma que, en cumplimiento de dicho mandato, se expidió la Ley 30 de 1992 que fijó la distinción entre universidades estatales u oficiales y otras instituciones que no tengan el carácter de universidad a las que se les asigna la categoría jurídica de "establecimientos públicos" y creó la categoría de los "entes universitarios autónomos" con un régimen especial (art. 57).

Y su artículo 77 ratifica la competencia exclusiva del Congreso y del Gobierno Nacional cuando prescribe que "el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4a de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan".

Así las cosas y en cuanto a la autonomía de la que están revestidas las Instituciones Universitarias, se dirá que ésta no otorga a los consejos superiores la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los docentes y empleados públicos administrativos. Lo anterior, se deduce claramente de la definición de autonomía precisada en los artículos 28 y 29 de la ya mencionada Ley 30 de 1992

(...)

En ese orden de ideas, el gobierno no puede legitimar acuerdos en materia salarial y prestacional en contravía con lo dispuesto por el legislador y como fundamento de ello se reitera en esta oportunidad lo expuesto por la Subsección A de esta Sección al confirmar la declaración de nulidad del Acuerdo 024 del 28 de junio de 1989, por el cual se normaliza el procedimiento de liquidación de prestaciones sociales de los empleados públicos docentes de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y se fijan otros derechos salariales, en el sentido de que el legislador lo único que puede avalar y legitimar son normas expedidas conforme a la Carta Política y a las leyes, pero no frente a disposiciones territoriales que desconocen el ordenamiento jurídico Colombiano. Luego se debe entender que dichas "normas anteriores" a que hace mención los decretos expedidos bajo el amparo de la Ley 4 de 1992 son las expedidas conforme a las normas superiores.»

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestacionales expedidos por las universidades, desatendiendo lo ordenado por la Ley 4 de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan, no pueden ser legitimados por ser contrarios a la Constitución y a la Ley.

Así las cosas y respecto a la consulta, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente indicar cómo se debe liquidar o reconocer el quinquenio en la Universidad Nacional de Colombia, pues como se expuso, son reconocimientos salariales que no se encuentran ajustados a derecho.

4. *Teniendo en cuenta que me faltan 3 meses para tener derecho a mi pensión por la edad y queuento con 1820 semanas cotizadas, quiero saber si debo seguir cotizando pensión y de ser así me explique la salud como es independiente o puedo ser beneficiaria.*

R/. De conformidad con lo señalado en el Decreto 430 de 2016, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular.

Con 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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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: Luz Rojas

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*

2. *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

3. *Sentencia T-936/00*

4. Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

5. Sentencia del 16 de noviembre de 1959.

6. Sentencia del 21 de septiembre de 1982.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:13