



Función Pública

Concepto 302401 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000302401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000302401

Fecha: 10/07/2020 05:31:38 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados Provisionales. Radicado: 20209000283462 del 03 de julio de 2020.

De acuerdo a la comunicación de referencia, en la cual consulta si es procedente que, en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional, una entidad declare la insubsistencia de un empleado en provisionalidad, el cual su esposa se encuentra en estado de embarazo de alto riesgo y es padre cabeza de familia, me permito indicarle lo siguiente:

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, con excepción de los de elección popular, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Así mismo, dispuso que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará a través de la demostración del mérito.

En el artículo 29 y 30 de la Ley 909 de 2004¹ respectivamente, se dispuso que es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleados públicos de carrera administrativa y estarán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. Para ello la Comisión suscribirá contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas para tal fin, las erogaciones que se deriven de dichos procesos estarán a cargo de las entidades que requieran la provisión de cargos.

La Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre la garantía al derecho de participación de todas aquellas personas que se postulan para concursar por mérito la titularidad de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la administración pública, mediante sentencia² de unificación se consideró lo siguiente al respecto: *“No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.”*

Esa misma posición se reiteró mediante sentencia proferida por la misma corporación, en la cual concluyó lo siguiente, a saber: *“La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de*

un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”

De manera que, el concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

De acuerdo con lo anterior, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que se encuentra en el primer puesto de la lista de elegibles adquiere el derecho a ocupar el cargo para que una vez superado el periodo de prueba por seis (6) meses sea inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Ahora bien, respecto al acto administrativo con razones de decisión que debe proferir la administración para la desvinculación de un empleado provisional el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015³ dispuso:

“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”

Según pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional⁴, 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).

En ese sentido, 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 hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

Por consiguiente, si opera alguna de las causas anteriormente expresadas por la Corte Constitucional, para que resulte procedente la desvinculación de los empleados provisionales, se podrá dar por terminado el nombramiento provisional motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

Acudiendo a su tema objeto de consulta en concreto, el Decreto 1083 de 2015 en el párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 establece lo siguiente en lo referente al orden para la provisión de empleos de carrera, a saber:

“PARÁGRAFO 2º. 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 Subraya fuera de texto)

Bajo ese entendido, 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.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que, si dentro de la administración se presenta lo anteriormente señalado, el empleado provisional padre cabeza de hogar contará con el beneficio de la retención social para no ser declarado insubsistente, no obstante, teniendo en cuenta que el cargo que debe surtir y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser para el mismo al que aplicó.

Por lo tanto, aun cuando constitucionalmente se encuentra dispuesta la protección del Estado al padre cabeza de hogar, también prevalece el derecho a que aquellas personas que se encuentren inscritas en carrera administrativa ostenten unos derechos subjetivos especiales que refuerzan el principio de la estabilidad laboral y por ende, si ocurriera que el empleo que ocupa provisionalmente una persona padre cabeza de familia, debe ser provisto por quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles previo concurso de méritos; la administración procederá mediando acto administrativo motivado a su desvinculación.

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 <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: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”
2. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, 17 de febrero de 1999, Sentencia T-089/99, [MP Jose Gregorio Hernandez Galindo]
3. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública
4. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 17 de enero de 2008, Sentencia T-007/08, [MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:08:38