



Concepto 106561 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000106561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000106561

Fecha: 28/03/2022 03:18:09 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Empleado provisional. Radicado: 20222060088912 del 17 de febrero de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

1. *"Se me informe cual sería mi protección, teniendo en cuenta que estoy en provisionalidad y actualmente me encuentro en un proceso de decisión medico laboral para la ARL POSITIVA y la EPS SALUD TOTAL.*
2. *De la misma manera, se me informe si mi cargo como auxiliar administrativo código 4044 grado 13 salió a concurso.*
3. *Se me protejan y no sean vulnerados mis derechos laborales a raíz de la convocatoria 1357 de 2019.*
4. *Finalmente se me mantenga mi estabilidad laboral, y sea cobijada por la ley de protección, ya que como lo indique anteriormente me encuentro en proceso de decisión medico laboral (...)".*

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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.

Ahora bien, 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 lo que 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. Sin embargo, a modo de información general respecto de la situación planteada, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Es de anotar que las personas vinculadas en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC mediante nombramiento provisional que quieran ingresar a cargos de carrera administrativa en propiedad deben participar en los concursos de méritos, atendiendo los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano.

Ahora bien, con respecto al retiro anticipado de empleados vinculados en nombramiento provisional, por expresa remisión del Artículo 184 del Decreto 407 de 1994, que prevé la viabilidad de acudir a las normas vigentes para los servidores públicos nacionales en los aspectos no previstos en dicho Decreto o en los reglamentarios nos pronunciaremos respecto al siguiente fundamento normativo:

Los principios que rigen el ingreso a carrera administrativa dictan que cuando se lleva a cabo concurso de méritos y la vacante definitiva debe ser proveída por quien cumple con todos los requisitos para ocuparla y desempeñar las funciones correspondientes al cargo se debe dar por terminado el nombramiento provisional, sin embargo, este acto de retiro debe estar motivado, según lo ordenado en el Artículo 41, parágrafo 2 de la Ley 909 de 2004:

"PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado".

En relación con lo anterior, el Decreto 1083 de 2015², manifiesta que el nominador puede mediante resolución motivada terminar del nombramiento provisional, en el Artículo 2.2.5.3.4:

"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". (Destacado nuestro)

Es por ello, que el retiro anticipado del empleado en provisionalidad, como ya lo ha reiterado este Departamento Administrativo, debe ser motivado, esto fundamentado en las diferentes sentencias emitidas por la Corte Constitucional³ en las cuales se sostiene que el empleado tiene el derecho de conocer las razones por las cuales se procede a desvincularlo de su cargo anticipadamente y así puede ejercer su derecho a la contradicción.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010, expresa, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, lo siguiente:

"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 conserve 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." (Subrayado nuestro).

Según la normatividad citada y lo conceptuado por la Corte Constitucional la finalización anticipada 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, imposición de sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

De igual modo, la Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

"Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad."

En resumen, los empleados que ocupan un cargo de carrera administrativa en nombramiento provisional gozan de estabilidad laboral relativa, puesto que, solo pueden ser removidos de manera anticipada por causas legales que obren como razones objetivas y tienen que ser expresadas claramente en el acto de desvinculación, dentro de estas razones se encuentra la provisión del empleo que ocupaban, cuando una persona supera el concurso de méritos y se encuentra dentro de la lista de elegibles para ocupar el cargo respectivo.

La Corte Constitucional sentencia SU-446 de 2011, precisó 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 hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente".

Como lo ha conceptuado la Corte Constitucional, los empleados que se encuentran en nombramiento provisional pueden participar en los concursos de méritos dispuestos por el Estado sin discriminación alguna, de igual forma como lo puede hacer cualquier ciudadano que cumpla con los requisitos para entrar a competir por los cargos ofertados, además, los empleados que se encuentren en provisionalidad gozan de estabilidad laboral condicionada al tiempo de duración del proceso de selección y provisión definitiva del cargo.

Ahora bien, la peticionaria en esta solicitud manifiesta que se encuentra en un proceso de decisión medico laboral, en razón a diferentes patologías, sobre este tema en la misma sentencia⁴ anteriormente referenciada la Corte Constitucional, expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁵, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁶. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, Artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia." (Negrilla fuera de texto)

Conforme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, 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 mejor derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional de propiciar un trato preferencial como medida de acción afirmativa.⁸

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](http://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: Lizeth Rumbo.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

3. Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1º de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

4. Corte Constitucional sentencia SU-446 de 2011

5. La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

6. Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005;T-1117 de 2005;T-245 de 2007;T-887 de 2007;T-010 de 2008;T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

7. Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8. Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:34:03