



Función Pública

Concepto 142451 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000142451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000142451

Fecha: 08/04/2022 02:49:17 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. RADICACION: 20222060095062 del 22 de febrero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual presenta varios interrogantes para lo que me permito dar respuesta en estricto orden de la siguiente manera:

“1. Puede la entidad, desvincularme del cargo, argumentando que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pese a que tienen conocimiento del DICTAMEN DE DETERMINACIÓN DE ORIGEN Y/O PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL, dado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, DIAGNOSTICADO CON ENFERMEDAD DE ORIGEN LABORAL, al suscrito funcionario.

En primer lugar, se debe precisar que el artículo 125¹ de la Constitución Política determina:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.” (subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, los empleos son de carrera salvo excepciones contempladas por la Ley y su acceso es a través de concurso de mérito, así como también que las pautas de los concursos de méritos son invariables, por lo que las entidades se encuentran en la obligación de mantener las condiciones ofertadas a quienes participaron en la convocatoria, en virtud de la confianza legítima; de este modo que, la administración se encuentra obligada a respetar el derecho de quien se presentó y quedó en primer lugar de la lista de elegibles para el cargo

ofertado.

Ahora bien, se debe precisar que sobre la estabilidad de las personas nombradas en provisionalidad la Corte Constitucional mediante sentencia T- 464 de 2019² señala:

“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

(...)

De esta manera, la Corte ha reiterado que 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

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando

(...)

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público” (subrayado fuera del texto)

Así mismo, en la sentencia SU-446 de 2011³, la Corte 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”.

De acuerdo con lo anterior, los empleados nombrados en provisionalidad, ostentan una estabilidad laboral relativa en la medida que estos pueden continuar en el cargo hasta se efectué la provisión definitiva del empleo a través del respectivo concurso de mérito, no obstante, la entidad deberá evaluar medidas afirmativas entras, la reubicación, ser retirados del empleo de ultimo y las que la entidad considere procedentes para efectos de brindar una protección y la debida materialización del principio de solidaridad.

Así las cosas, se permite indicar esta Dirección Jurídica que, en virtud de la naturaleza de los empleos de carrera administrativa, los empleados nombrado en provisionalidad “gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.”⁴ En este sentido, la estabilidad laboral relativa de los empleados vinculados en provisionalidad cede ante el mejor derecho de aquellos que supere el curso de méritos correspondiente.

2. Puede argumentar la Personería que no existe. un cargo vacante donde logre ser reubicado para que de esta manera pueda dar aplicabilidad

a una acción afirmativa para poder garantizar mis derechos.

Ahora bien respecto a su segunda consulta, se debe precisar que de acuerdo con las funciones otorgadas por el Decreto 430 de 2016⁵ al Departamento Administrativo de la Función Pública, no es de nuestra competencia resolver situaciones particulares de la entidad ni otorgar derechos, por lo que solo se emitirá una revisión general sobre la situación planteada y es responsabilidad de la entidad y de los organismos de control pronunciarse de fondo, en el entendido que son la instancia que conocen de manera cierta sobre los supuestos manifestados.

Aunando con lo manifestado para la primera pregunta, la Corte a través de la sentencia T-373 de 2017⁴, la Corte concluyó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”. (...) (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que las entidades deberán en la medida de lo posible efectuar medidas afirmativas que permitan materializar el principio de solidaridad entre otras la reubicación, esta situación solo precede siempre y cuando se encuentre la vacante disponible, en caso de no existir la vacante y de presentarse la imposibilidad para reubicar el empleado la entidad deberá mediante resolución motivada dar por terminado el nombramiento en provisionalidad.

De lo anterior que, respecto a la terminación del nombramiento de empleado en provisionalidad el Decreto 1083 de 2015⁷ dispone que esta ocurre de la siguiente manera:

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 esta manera que, el artículo arriba transcrito materializa el criterio adoptado por la corte en atención a la estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en provisionalidad, toda vez que estos podrán ser separados de sus funciones bajo los supuestos determinados por la Ley y la jurisprudencia.

Así las cosas, para efectos de dar respuesta puntual a su interrogante, en criterio de esta Dirección, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.⁸ En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

No obstante lo anterior, 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.⁹

De acuerdo a lo anterior, 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.

Ahora bien, es de advertir que empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.¹⁰

En este orden de ideas, en virtud del principio de autonomía administrativa en cabeza de las entidades en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal le corresponderá realizar un análisis interno sobre las vacantes que a la fecha se encuentren vacantes disponibles de cargos iguales o equivalentes, que permitan dar cumplimiento

3. Puede la Personería mediante acuerdo Municipal, solicitar ante el Concejo de esta municipalidad y con base en mi diagnóstico de enfermedad de origen laboral, la modificación de la estructura y la organización de la Personería Municipal; el régimen de competencias interno de la entidad; y dictar normas para su funcionamiento; el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones

administrativas a las que se encuentren sujetos y crear de un Nuevo cargo, como Medida de acción afirmativa, teniendo en cuenta que no existen más cargos de carrera.

Ahora bien, el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política señala entre las atribuciones del Concejo municipal, se otorga la de determinar y modificar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, no obstante, esta facultad constitucional no incluye la creación, supresión o fusión de los empleos de cada dependencia, ni la de señalar las funciones especiales, ni la facultad nominadora, por cuanto estas son funciones de los nominadores o jefes de cada entidad.

Así mismo, la Ley 1551 de 2012 en su artículo 32 señala en el numeral 8, le asiste la competencia para determinar la estructura orgánica interna de las personerías municipales y la modificación de la misma, que incluye su organización y funcionamiento, pero no aplica para la creación, supresión o fusión de los empleos, ni para señalarle funciones especiales, por cuanto estas son funciones del Personero en su condición de nominador o jefe de la entidad.

De lo anterior que, la competencia para determinar la estructura y la planta de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, es propia del Concejo municipal, mientras que la facultad para crear, modificar, suprimir y fusionar empleos y señalarle sus funciones especiales corresponde a los nominadores o jefes de cada entidad.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, cuando se trata de una reforma o modificación de la planta de personal de la Personería o de su manual de funciones, consistente en la creación, supresión, modificación, o fusión de empleos, le corresponde al personero en cuanto es el jefe del organismo, sin que tal reforma implique un cambio o modificación en la estructura orgánica de la Personería municipal, toda vez que, de ser una modificación en la estructura es competencia del concejo municipal.

4. Es un deber de la personería, informar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL *âââ* CNSC, la condición en la cual se encuentra el empleado de provisionalidad y cuyo cargo ya se encuentra en proceso de selección para proveer por merito por la CNSC).

Aunado con la respuesta planteada para el primer interrogante, se debe precisar que no es deber de la personería informar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre la condición de los empleados, si bien es oportuno reiterar que de acuerdo con el artículo 125 de la constitución el ingreso al empleo será a través de un concurso de mérito salvo excepciones dadas por la Ley, así como también se precisó que mediante desarrollo jurisprudencial, se determinó que, los empleados en provisionalidad encuentran una protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos.

5. Si la respuesta anterior es afirmativa, que acciones debe iniciar la Comisión Nacional del Servicio Civil *âââ* CNSC, teniendo en cuenta, que, como entidad Pública, también tienen el deber de que sus actuaciones cumplan los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En el entendido que no es afirmativa la pregunta cuarta no es procedente darle respuesta a la pregunta quinta.

6. Es un deber de la personería, informar al MINISTERIO DE TRABAJO, la condición en la cual se encuentra el empleado de provisionalidad y cuyo cargo ya se encuentra en proceso de selección para proveer por merito por la CNSC).

Para efectos de dar respuesta a su consulta, se evidencia que de la revisión de las normas sobre la materia no se evidencia alguna que determine sobre el deber de la personería informar al Ministerio del Trabajo, sobre la condición de los empleados de la entidad.

7. Si la respuesta anterior es afirmativa, que acciones debe iniciar dicho Ministerio teniendo en cuenta, que, teniendo en cuenta que, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 485 establece la competencia del Ministerio del Trabajo para ejercer la vigilancia y control del cumplimiento de las normas laborales contenidas en el código, así como de las normas sociales que sean de su competencia. Así mismo, establece que dicha competencia se ejercerá en la forma como el gobierno, o el mismo Ministerio lo determine, y aunado a ello también debe velar por una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En el entendido que no es afirmativa la pregunta sexta no es procedente darle respuesta a la 7.

8. Que acciones, preventivas debe requerir la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION, por intermedio de sus delegadas, para garantizar mis derechos.

Con ocasión a la su interrogante, se debe precisar que la procuraduría General de la Nación deberá proceder en el marco de las atribuciones

otorgadas por la constitución y la Ley en especial el artículo 277 y siguientes de la Constitución y el decreto Ley 626 de 2000. No obstante, una vez el interesado presente su situación ante este organismo de control, le corresponde a la entidad determinar sobre las acciones que le corresponde asumir, en el entendido que son estas quien, en virtud de sus funciones, principio de autonomía administrativa y presupuestal, conocen de manera cierta sobre sus procedimientos internos para dar trámite a las peticiones presentadas por los administrados, todo lo anterior en el marco de las funciones otorgadas por las normas citadas.

9. Que otras entidades, me pueden garantizar mis derechos, teniendo en cuenta que, a mis 45 años de edad y con un diagnóstico ya dado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, quien determino que MI ENFERMEDAD FUE DE ORIGEN LABORAL, lo que es claro que este diagnóstico hará más gravosa mi situación, al momento de mi desvinculación de la entidad ya que me enfrentare a un mercado laboral y que por mi condición será prácticamente imposible la vinculación a un nuevo empleo.

Al respecto se puede precisar que de considerar una presunta vulneración de derechos el interesado puede recurrir ante la Defensoría del Pueblo de Colombia, la Procuraduría General de la Nación y eventualmente a la jurisdicción ordinaria.

10. Se informe, si esa entidad tiene conocimiento, de casos de empleados en provisionalidad y que hayan sido diagnosticados por las respectivas Juntas Regionales de Calificación de Invalidez o por quien haga sus veces y hayan diagnosticado a un empleado provincial con ENFERMEDAD FUE DE ORIGEN LABORAL y que hayan sido de conocimiento de la corte constitucional, en caso afirmativo favor hacer la relación de las respectivas sentencias o en consecuencia informar cual fue la decisión tomada por la Honorable Corte a favor del Provisional.

Con ocasión a su consulta, esta Dirección se permite informar que a la fecha no tiene conocimiento sobre pronunciamientos relacionados en su consulta.

11. A la fecha no cabe la tutela toda vez que no se han violado aun mis derechos, pero lo que, si es claro, es que a futuro y una vez se cumplan todas las etapas del concurso me veré afectado, así las cosas, puede la Comisión Nacional del Servicio Civil ¿¿ CNSC, una vez tenga conocimiento de mi situación parar la etapa de planeación o que entidad puede ordenar esta medida sin tener que en tutelar.”

Como se manifestó en la primera, segunda y tercera respuesta a su consulta, el artículo 125 de la Constitución Política señala que el acceso a los cargos es mediante los concursos de méritos ofertados por la Entidad y que en virtud de esto la estabilidad laboral que ostentan los empelados nombramos en provisionalidad es relativa hasta el momento en que se surta el debido proceso; por lo que, la garantía de la que son titulares las personas bajo esta vinculación es la del derecho a presentarse en igualdad de condiciones; de este modo que la Comisión Nacional del Servicio Civil, no puede suspender el proceso de selección, ni dejar de proveer el cargo con ocasión a la condición del empleado.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

1 Constitución Política Artículo 125.

2 Sentencia T-464 de 2019 Corte Constitucional. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

3 Sentencia SU446 de 2011, Corte Constitucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T1059 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, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

5 Decreto 430 de 2016 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

⁶ Sentencia T-373 de 2017 Corte Constitucional. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.⁶

7 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias 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, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

8 Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

9 sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:08