

**Función Pública**

Concepto 076571 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000076571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000076571

Fecha: 22/02/2023 09:25:22 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: Retiro del servicio, Declaración de insubsistencia â Radicado: 20232060030882 del 16 de enero de 2023.

Acuso recibo de su petici3n, a trav3s de la cual consulta: "Una funcionaria en provisionalidad no se present3 al concurso de su empleo, la funcionaria tiene 61 años de edad. Sali3 la lista de elegibles y ella no se encuentra en dicha lista. El concurso prima sobre su edad avanzada?".

A lo referido anteriormente en su consulta, el art. 125 constitucional establece:

"ARTICULO 125. Los empleos en los 3rganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elecci3n popular, los de libre nombramiento y remoci3n, los de trabajadores oficiales y los dem3s que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constituci3n o la ley, ser3n nombrados por concurso p3blico.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se har3n previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los m3ritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se har3: por calificaci3n no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violaci3n del r3gimen disciplinario y por las dem3s causales previstas en la Constituci3n o la ley.

En ning3n caso la filiaci3n pol3tica de los ciudadanos podr3 determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoci3n."
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, los empleos en los 3rganos y entidades del Estado son de carrera, con excepci3n a los de elecci3n popular, los de libre nombramiento y remoci3n, los de trabajadores oficiales y los dem3s que determine la ley.

As3 mismo se indica que, la provisi3n definitiva de los empleos p3blicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de m3rito. Este se considera un 3ptimo instrumento para la provisi3n de cargos p3blicos basado en criterios meritocr3ticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constituci3n Pol3tica de 1991, es especial por su relaci3n estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos p3blicos, la igualdad, la estabilidad y dem3s garant3as contempladas en el art3culo 53 de la Constituci3n.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004¹ dispone:

"ART3CULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS.

Los nombramientos ser3n ordinarios, en per3odo de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley." (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo al artículo anterior, los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso de méritos.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015² 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". (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

Del mismo modo, la Corte Constitucional mediante sentencia de Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio], consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

"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 son, 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". (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, de manera que pueda si es su deseo ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas legalmente aceptadas, como lo son las 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 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, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón atinente al servicio que está prestando el servidor.

Por último, teniendo en cuenta los hechos de su consulta y la edad de la servidora (61 años) que se encuentra vinculada con nombramiento provisional, tenemos que la misma ya cumple con la edad para acceder a su pensión, por lo que no contaría con la protección de los sujetos en condición de prepensionados.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID 19, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 PÁGINA

¹ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

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

Fecha y hora de creación: 2025-06-18 22:44:49