

**Función Pública**

Concepto 139371 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000139371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000139371

Fecha: 10/04/2023 01:43:33 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA.: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales. Discapacidad. Radicación No. 20232060160112 de fecha 13 de marzo de 2023.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta *“Con un cordial saludo, Yo GUILLERMO ARMANDO PARRA ESPEJO identificado como aparece al pie de página, me permito informar que estoy vinculado de manera continua desde hace 17 años al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, cuya entidad se escindió del extinto Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial; ocupando actualmente el cargo de Auxiliar Administrativo código 4044 Grado 09. Cuento con una condición especial de discapacidad de nacimiento valorada por el Ministerio de Salud del 51.11%, conforme a la certificación médica adjunta. De otra parte, durante la vigencia 2021 el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio desarrolló un concurso de Méritos ante la CNSC, en el cual dispuso el cargo que ocupó actualmente.*

¿Que garantiza mi permanencia en la entidad? En consecuencia, y ante la probable pérdida del empleo, solicito su valioso concepto para conocer cuáles son las medidas de protección al trabajo reforzada al cual tengo derecho constitucionalmente y cuál sería el trámite que se debe surtir para mantener mi permanencia en la actual entidad donde laboro. Agradezco de antemano su atención y quedo atento a su respuesta.”

Me permito informarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante señalar que, 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.

Por esta razón, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones.

No obstante, lo anterior y con el ánimo de brindar una orientación general le informo lo siguiente:

La Ley [909](#) de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo [2.2.5.3.4](#) que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados, esta Dirección ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive.

La citada normativa se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto administrativo motivado.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia [T-007](#) de 2008, se pronunció sobre el tema, señalando:

«4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados

en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones: [...]

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo, esta Corporación estima que para los primeros 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). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo [...]». [Subrayado fuera de texto].

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Corte Constitucional en sentencia [C-901](#) de 2008 sostuvo:

[...] respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad. [Subrayado fuera de texto].

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia [SU-917](#) de 2010 consideró:

“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 conserva 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”.

Así mismo, es de anotar que en materia de protección laboral reforzada, la Ley [790](#) de 2002 y el Decreto [190](#) de 2003 ha previsto el denominado «reten social», figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho retén social no se aplica en el caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.

En este orden de ideas, y atendiendo puntualmente su consulta esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que se encuentra en incapacidad debe ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad. Ya que, como lo señala la Corporación, su condición no los exime de demostrar su capacidad y merito en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, la entidad puede desvincularlo mediante acto administrativo, el cual se motivará en que el cargo va a ser ocupado por quien ha

participado y superado un concurso de méritos, haciéndose merecedor del cargo.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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: Christian Ayala

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:35