



Concepto 189991 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000189991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000189991

Fecha: 02/04/2024 10:51:10 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: Tema: RETIRO DEL SERVICIO. Subtemas: Estabilidad Laboral Reforzada sujeto de especial protección constitucional. Radicado: 20249000163882 de fecha 22 de febrero de 2024.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual plantea el interrogante sobre: *“Fui nombrada en la Gobernación del Caquetá mediante nombramiento provisional el día 20 de mayo de 2011, soy una persona en situación de discapacidad, madre cabeza de hogar (viuda) y víctima del conflicto armado. en el año 2023 se desarrolló el concurso de méritos Territorial 8 en modalidad ascenso y abierto. El cargo de Técnico Operativo 314-02 en el cual estaba nombrada mediante nombramiento provisional, no fue sacado a concurso ya que este pertenece en propiedad a una persona con derechos de carrera administrativa que fue ascendida al cargo de Profesional Universitario mediante encargo. Esta persona participo y gano el concurso de ascenso para el cargo Profesional Universitario que estaba desempeñando mediante encargo. En el desarrollo del concurso de méritos Territorial 8 la Gobernación del Caquetá procedió a realizar los nombramientos en ascenso, Terminando el encargo de esta persona (lo que dio por terminado mi nombramiento provisional) y volviéndola a nombrar en el mismo cargo, el mismo día y hora, sin tener en cuenta mi situación de protección especial. Por lo que deseo que me aclaren los siguientes interrogantes: 1. Si la persona con derechos de carrera administrativa concurso y gano el concurso de ascenso del mismo cargo en el cual se estaba desempeñando en la modalidad de encargo. ¿es obligatorio terminar el encargo, aun cuando es el mismo cargo, código, grado y funciones para nombrarla en ascenso, o es posible otro modelo de acto administrativo ratificándola en el cargo, con el fin de no afectar mi nombramiento provisional, en razón de mis situaciones de protección especial? 2. Si es obligatorio terminar el encargo de esta persona, pero el mismo día y hora de la terminación del encargo, la vuelven a nombrar en ascenso en el cargo de Profesional Universitario y el cargo de Técnico Operativo queda nuevamente vacante. Teniendo en cuenta mi situación de protección especial, ¿deberían nombrarme nuevamente en provisionalidad en el mismo cargo, en pro de no violar mis derechos constitucionales? 3. Ya que en esta situación particular no se cumple el requisito de que el mérito está por encima de cualquier situación especial, ya que el caso del cargo Técnico Operativo queda vacante por el ascenso de la persona con derechos de carrera administrativa y nadie lo está reclamando. ¿no debió la Gobernación del Caquetá realizar las acciones necesarias para la protección de mis derechos constitucionales, como sujeto de protección especial? 4. La ley estipula que para retirar a una persona en situación de discapacidad debe solicitar autorización del Ministerio de Trabajo. ¿en el caso que nos ocupa, se debe cumplir con este requisito?”* Me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad 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 ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

El presente concepto se enmarca dentro de la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

A efectos de atender los cuestionamientos planteados, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

En primer lugar, en relación con el retiro de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015², establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

(...)

PARÁGRAFO 2. 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.

(...).

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 otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, 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.

Además, la Corte sostuvo que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.

Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la sentencia [SU-917](#) de 2010³. En esa ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. En dicha sentencia la Corte: (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el 1998 referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación 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, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, 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. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

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, y dada 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.

En esta misma línea, en relación con los sujetos de especial protección constitucional, como, por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva; la Corte Constitucional mediante sentencia T-156 de 2014 señaló:

Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica 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.

Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”. Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si 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.

Conforme a lo anterior, se concluye: i) 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; ii) La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas; iii) Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo; iv) La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

De acuerdo con lo anterior, se procede a dar respuesta a las inquietudes planteadas en su consulta en los siguientes términos:

1. Si la persona con derechos de carrera administrativa concurso y ganó el concurso de ascenso del mismo cargo en el cual se estaba desempeñando en la modalidad de encargo. ¿es obligatorio terminar el encargo, aun cuando es el mismo cargo, código, grado y funciones para nombrarla en ascenso, o es posible otro modelo de acto administrativo ratificándola en el cargo, con el fin de no afectar mi nombramiento provisional, en razón de mis situaciones de protección especial?

RESPUESTA: De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, salvo que exista orden judicial, o cualquiera otra de las circunstancias previstas en los numerales 1 a 3 del dicho artículo, la provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad; ahora bien, si el empleado que ocupa el empleo mediante encargo supera el concurso y tiene derecho a iniciar el periodo de prueba en el mismo empleo, deberá tomar posesión en periodo de prueba en dicho empleo, por lo que será necesaria la terminación del encargo, sin que dicha terminación implique necesariamente que, el empleado con derechos de carrera administrativa deba regresar el empleo del cual es titular, toda vez que, el nombramiento en periodo de prueba se hace inmediatamente.

2. Si es obligatorio terminar el encargo de esta persona, pero el mismo día y hora de la terminación del encargo, la vuelven a nombrar en ascenso en el cargo de Profesional Universitario y el cargo de Técnico Operativo queda nuevamente vacante. Teniendo en cuenta mi situación de protección especial, ¿deberían nombrarme nuevamente en provisionalidad en el mismo cargo, en pro de no violar mis derechos constitucionales?

RESPUESTA: Se reitera lo señalado en el punto anterior.

3. Ya que en esta situación particular no se cumple el requisito de que el mérito está por encima de cualquier situación especial, ya que el caso del cargo Técnico Operativo queda vacante por el ascenso de la persona con derechos de carrera administrativa y nadie lo está reclamando. ¿no debió la Gobernación del Caquetá realizar las acciones necesarias para la protección de mis derechos constitucionales, como sujeto de protección especial?

RESPUESTA: Conforme se ha señalado en las normas y la jurisprudencia citada, 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; en tal sentido, si el cargo que se ocupa, no va a ser asignado a una persona de la lista de elegibles para dicho cargo, solo será viable la terminación del nombramiento provisional, si media otra causa legal que obre como razón objetiva, la cual debe expresarse claramente en el acto de desvinculación

4. La ley estipula que para retirar a una persona en situación de discapacidad debe solicitar autorización del Ministerio de Trabajo. ¿en el caso que nos ocupa, se debe cumplir con este requisito?"

RESPUESTA: Para el caso de los servidores públicos, dado el régimen especial de su vinculación, que no se rige por las disposiciones del CST, no resulta procedente la solicitud de permiso al ministerio de trabajo; si se requiere, para el caso de los servidores nombramiento provisional, es que el acto administrativo mediante el cual se ordena la terminación del nombramiento provisional, esté debidamente motivado en razones objetivas.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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

Proyecto: Gustavo Parra Martínez

Revisó: Maia Borja Guerrero

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública
3. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia [SU-917](#) del 16 de noviembre de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:13:39