

**Función Pública**

Concepto 208211 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000208211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000208211

Fecha: 12/04/2024 09:00:17 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad laboral reforzada. Empleado provisional. RAD. 20242060209252 del 05 de marzo de 2024.

Por medio del presente, en atención a su consulta, la cual señala: *“Me dirijo a usted para expresar mi preocupación acerca de una situación que considero sumamente delicada en el ámbito educativo, particularmente con respecto a la problemática en la empresa Vancamps a usted y el gobierno les preocupó muchísimo. Mi inquietud principal radica en la situación de los docentes provisionales de 54 años, quienes, pese a contar con semanas de pensión acumuladas, aún no han alcanzado la edad para jubilarse. Estos profesionales, con más de 12 años de dedicación al servicio de la juventud colombiana, cuentan con la preparación y los estudios necesarios para ejercer la docencia de manera efectiva. Sin embargo, fuimos despedidos del puesto de trabajo que teníamos en provisionalidad vacancia definitiva sin tener en cuenta su edad y el tiempo de servicios que le han dado al estado, sirviéndole a los niños y jóvenes del país Como parte de un gobierno comprometido con el cambio, me permito instarles a considerar la situación de estos docentes. El hecho de mantenerlos desempleados a pesar de su vasta experiencia y dedicación no solo menoscaba su derecho al trabajo, sino que también impacta de manera significativa en su bienestar emocional sin olvidar que durante este tiempo de servicios su salud se vio afectada, lo cual no ha sido considerado en el momento del despido dejando a estas personas a su suerte, dado que por ser adultos mayores ya no son bien recibidos en el sistema laboral. Confío plenamente en que, como autoridades, podrán encontrar una solución que respete los derechos laborales de estos profesionales, salvaguardando tanto su bienestar emocional como su contribución valiosa al sistema educativo. Agradezco de antemano su atención y consideración sobre este tema, y espero una pronta respuesta y acción al respecto.”*, 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.

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.

Una vez precisado lo anterior y como primera medida es importante señalar que, frente a la forma de acceder a un empleo público, nuestra Constitución Política establece:

“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.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En este sentido, la Ley 909 de 2004², establece:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

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”.

(...)

ARTÍCULO 29. CONCURSOS. Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente: La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos. (...).” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De esta manera, conforme con lo anterior, se tiene que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa, se realizará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso, los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil, o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función; así mismo, se indica que los concursos para proveer los empleos públicos, serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y no se encuentren inhabilitadas.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y aquellos establecidos en el manual específico de funciones que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y del respectivo período de prueba.

Por otro lado, las entidades del Estado por necesidades del servicio, pueden proveer los empleos de carrera en forma transitoria, ya sea mediante nombramiento en encargo o nombramiento en provisionalidad.

Así lo establece el Decreto 1083 de 2015³ al señalar:

“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”.

De esta manera, los nombramientos provisionales, se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio, que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito; el cual se fundamentará en las causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no existan empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Ahora, sobre los órdenes que se deberán tener en cuenta 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, establece el mismo Artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 lo siguiente:

“Parágrafo 2º 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 periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Parágrafo 3º Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

(...)”

Igualmente se deberá tener en cuenta que, respecto del retiro de los empleados con nombramiento provisional el Decreto 1083 señala:

“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”.

Sobre el mismo tema, la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-917 de 2010, con ponencia del Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, además de determinar que el empleado provisional, debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que pueda ejercer su derecho de contradicción, expresa:

“En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”.

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” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En ese orden de ideas, 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 efectúa su desvinculación, debe encontrarse motivado, es decir, 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, para efectos de que el empleado pueda ejercer igualmente su derecho de contradicción.

Así las cosas, conforme lo expresa la Corte Constitucional, los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.

Cuando existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

En este sentido, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, debe adelantarse mediante acto motivado, 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, a fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción.

Igualmente, 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, gozando de esta manera, de una estabilidad laboral condicionada, por encontrarse supeditados 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 administrativa, resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales, siempre que la misma se efectué mediante acto administrativo motivado.

Finalmente, respecto del orden que se deberá seguir en caso de que la lista de elegibles tenga menos personas que empleos por proveer, se deberá tener el orden establecido en el Decreto [1083](#) de 2015 y que fue citado, donde se especifica el orden de protección generado por:

Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Caso en el cual la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

De otra parte, es de anotar, que, en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002⁴ y el Decreto 190 de 2003⁵ han previsto la figura del "reten social" a fin de proteger a las madres y/o padres cabezas de familia, personas en situación de discapacidad y prepensionados, independiente del nivel a que pertenezcan. No obstante, la figura del retén social como estabilidad laboral reforzada se circunscribe específicamente a los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional razón por la cual, no es aplicable al caso materia de consulta.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, respecto del tema objeto de consulta, se encuentra: i) El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público; ii) La jurisprudencia de la Corte Constitucional 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 que el ingreso a la función pública dependa únicamente de las cualidades intelectuales y psicotécnicas de los aspirantes; 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, debe ceder frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En consecuencia, dando contestación a su interrogante, ya con la lista de elegibles como resultado del concurso de méritos, la entidad pública deberá nombrar y posesionar a la persona que se encuentre en primer lugar en la lista y dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del empleado público, así como deberá pagarle las prestaciones a que haya lugar.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/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: Daniela Avila.

Revisó: Maía Borja.

Aprobó: Armando López C.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al presidente de la República Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley [790](#) de 2002

Fecha y hora de creación: 2025-11-04 20:52:39