

**Función Pública**

Concepto 309591 de 2024 Departamento Administrativo de Servicio Civil

20246000309591

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000309591

Fecha: 02/05/2024 04:57:15 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales. Sujetos de especial protección. RAD.: [20242060339642](#) del 18 de abril de 2024.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta: “(...) soy servidora pública tengo 60 años, soy madre soltera con una hija especial, trabajo en el Ministerio de Trabajo, tengo 32 años al servicio del Ministerio, este año hay concurso para todos los provisionales el cual estoy en ese status de provisionalidad, mi cargo lo abren a concurso? o por me protege el retén social, o debo de concursar, ya que el Ministerio abrió concursos para todos los provisionales, quedo atenta a los comentarios y conceptos jurídico” Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

De acuerdo con el Decreto [430](#) de 2016, modificado por el Decreto 1603 de 2023¹, el objeto del Departamento Administrativo de la Función Pública consiste en 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 lo tanto, este departamento no tiene competencia de resolver situaciones de carácter particular.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

En ese orden de ideas, a manera de orientación general, sobre el retiro de servicio de empleados provisionales, el Decreto 1083 de 2015², dispone:

“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 acuerdo con lo anterior, este Departamento Administrativo ha sido consistente al conceptuar que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive, consonante con 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 ejerza su derecho de contradicción, si este es su deseo.

De acuerdo con lo precisado tenemos, entre otras, la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, que sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad expresa:

“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”

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 en la Sentencia SU-917 de 2010, 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 funcionario concreto.

Ahora bien, en relación con el retiro del empleado público que eventualmente pueda ser considerado como sujeto de especial protección, se indica que de conformidad con criterio expuesto por la Corte Constitucional, citado previamente, reiterando que la terminación del nombramiento provisional, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado, así como 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 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 el caso de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, en consecuencia, si pretende continuar en el empleo deberá concursar en igualdad de condiciones de todos los participantes.

Del mismo modo, es pertinente traer a su conocimiento la sentencia proferida por la Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, del 08 de junio de 2017, expediente T-6.029.419, Consejera Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, en la que se pronunció en relación con eventual vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, vida digna, igualdad, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y derecho de los niños por la desvinculación de una empleada que tiene la condición de madre cabeza de familia, se encontraba ocupando en provisionalidad un empleo de carrera administrativa y fue provisto por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso, en los siguientes términos:

“Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del

concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento". (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, y valorando las razones expuestas por la Corte Constitucional así como la normativa citada, para el presente asunto, es importante tener claro que la protección especial dispuesta para los empleados que se encuentren en debilidad manifiesta en los términos del artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015, no puede entenderse a manera de conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que deberán prevalecer los derechos de quienes ganan concurso de méritos.

En este orden de ideas, señala la Corte que, si bien por la circunstancia de su condición como madre cabeza de familia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa a favor de estos servidores públicos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Paula Alejandra Quitián.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López Cortés.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.".

Fecha y hora de creación: 2025-11-29 19:17:38