



Función Pública

Concepto 350881 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000350881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000350881

Fecha: 08/11/2019 02:09:43 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. PROVISION DE EMPLEO Estabilidad laboral de provisional que se encuentra en proceso de diagnóstico de una presunta enfermedad profesional o común. Existe algún sustento jurídico para que el cargo que ocupa no sea convocado a concurso de mérito. Radicación No. 20199000331142 del 26 de septiembre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es viable reportar una vacancia definitiva a la Comisión Nacional de servicio Civil un cargo que se encuentra ocupado por un empleado provisional que se encuentra en proceso de diagnóstico de una presunta enfermedad profesional o común, me permito dar respuesta en el siguiente sentido:

Sea lo primero señalar que el fundamento legal de la obligatoriedad de la provisión de empleo a través de la carrera administrativa se encuentra en el artículo 125 de la Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión:

«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 nuestro).

EL ARTÍCULO 25 de la Ley 909 de 2004 prevé que, “*Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.*”, lo que indica que en el presente caso, la terminación de la situación administrativa del titular del cargo de carrera, conlleva su reincorporación inmediata al empleo del cual es titular, y consecuentemente el retiro del empleado vinculado al mismo con carácter provisional.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 24 de la Ley 909 de 2004, modificado este último por la Ley 1960 de 2019, el

nombramiento provisional es de carácter transitorio y procede de manera excepcional, para proveer un empleo de carrera vacante en forma definitiva cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil para ser nombrados mediante encargo.

En cuanto a la estabilidad del empleado provisional, es pertinente precisar que el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015 señala que antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

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”. (Subrayas fuera de texto).

De conformidad con los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, cuando los empleos de carrera se encuentren vacantes y no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera, podrán proveerse de manera provisional, caso en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional procede por la terminación de la situación administrativa del titular del empleo y su reincorporación al mismo, o por la provisión definitiva del empleo con el participante en el respectivo concurso que ocupe el primer puesto en la lista de elegible.

Igualmente, de acuerdo con los criterios expuestos por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, como en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado y para la Corte, 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 el empleado concreto.

No obstante, lo anterior, en cuanto a los empleados en estado de indefensión, la sala plena de 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. [Destacado fuera de texto]

Conforme a la jurisprudencia indicada, a pesar que las personas con estabilidad laboral reforzada, argumenten tal condición pueden someterse en igualdad de condiciones para demostrar su capacidad y mérito en los concursos abiertos, lo cual incluye a los empleados que se encuentra en proceso de diagnóstico de una presunta enfermedad profesional o común.

Igualmente, de acuerdo con los criterios expuestos por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, como en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado y para la Corte, 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 el empleado concreto.

Así mismo, de conformidad con la jurisprudencia transcrita de la Corte, por el hecho que los empleados provisionales argumenten ser madres o padres cabeza de familia, en situación de discapacidad o en situación de pre pensionados, o por padecer enfermedad catastrófica, no les otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera por cuanto, prevalecen los derechos de quienes superan el respectivo concurso público de méritos por cuanto la estabilidad relativa que se ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso de méritos, sin embargo, señala que corresponde a cada una de las Entidades establecer mecanismos encaminados a evitar lesionar los derechos de quienes tienen tal condición.

Es claro, que en el caso de los empleados provisionales que se encuentren en proceso de diagnóstico de una presunta enfermedad profesional o común, no existe norma vigente que impida convocar el cargo a concurso de mérito, por cuanto es el procedimiento legalmente establecido para la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, y además, porque dicho servidor puede participar en el respectivo proceso de selección en igualdad de condiciones con los demás participantes.

En este orden de ideas, Conforme a los argumentos facticos y jurídicos asumidos anteriormente, en el presente caso es posible concluir, que el artículo 125 de la Constitución Política establece que, por regla general, los empleos del Estado son de carrera y se proveen a través de concurso, y el retiro de los mismos se hará por las razones señaladas por la Constitución Política, o bien por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las otras que determine la ley; y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, modificados por la Ley 1960 de 2019, cuando dichos empleos se encuentren vacantes y no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera, podrán proveerse de manera provisional, caso en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y los criterio expuesto por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, como 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 empleado concreto.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, entre las causales para dar por terminado el nombramiento provisional, está la provisión definitiva del respectivo empleo con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles resultado del correspondiente concurso de mérito, realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el ejercicio de sus competencias; de tal forma que si el empleado vinculado con carácter provisional no es la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles, será retirada del servicio mediante acto administrativo

motivado y fundamentado en la provisión definitiva del empleo.

Ahora bien, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, 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.

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

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”

De la norma anterior, se deduce que el retiro del empleado vinculado con carácter provisional, para proveer el cargo en forma definitiva con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles resultado del respectivo concurso de mérito, incluye al empleado provisional que a la fecha de la provisión definitiva del empleo se encuentre incapacitado por enfermedad o que no estando incapacitado esté pendiente de realizarse algún procedimiento quirúrgico con ocasión de una enfermedad, como en el caso materia de consulta, y solo si la lista de elegibles está 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 en el orden de protección según lo señalado en la norma anteriormente citada, en primer lugar de protección al empleado provisional que padezca una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Por consiguiente, es procedente el retiro del empleado el cual se encuentra en proceso de diagnóstico de una presunta enfermedad profesional o común motivado en la provisión definitiva del empleo con la persona que figura en el primer puesto de la lista de elegibles, resultado del respectivo concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de sus competencias.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Dr. José Fernando Ceballos

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:23:21