



Función Pública

Concepto 336241 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000336241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000336241

Fecha: 27/07/2020 12:53:17 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Provisión. Derecho a ser designado por encontrarse en primer lugar en la lista de elegibles. RAD. 20202060312102 del 16 de julio de 2020.

En la comunicación de la referencia, informa que un fallo de tutela donde ordena vincular a un funcionario con estabilidad laboral reforzada (salud) el cual fue declarado insubsistente por una lista de elegibles. Considerando la información precedente, consulta:

1. ¿Es procedente que el ente territorial reintegre al funcionario en una OPEC que ya tiene lista de elegibles? ¿Es legal reintegrar al funcionario en una OPEC que tiene lista de elegibles?
2. ¿Qué pasaría si reintegran por orden judicial al funcionario y posteriormente llegue el titular del cargo?
3. En el evento de que se dé el reintegro y llegue el titular del cargo ¿cómo debe actuar el ente territorial frente a los 2 funcionarios?
4. ¿En que incurre el representante legal del ente territorial al realizar un reintegro en un cargo que tiene lista de elegibles?
5. ¿Hay mala fe al reintegrar al funcionario sabiendo que el cargo ya tiene un ganador del concurso de méritos?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La jurisprudencia nacional ha considerado la dificultad de establecer el derecho que debe primar entre los generados por haber superado satisfactoriamente un concurso y encontrarse en lista de elegibles para ser designado por méritos, conforme lo ordena la Constitución Política y el derecho a la estabilidad laboral reforzada, derecho protegido también por la Carta. Sobre el particular ha señalado lo siguiente:

“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.”¹

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección B, con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, en sentencia emitida el 24 de octubre de 2017, dentro del expediente con Radicación número: 15000-23-33-000-2017-00593-01(AC), manifestó lo siguiente:

“Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá amparó los derechos fundamentales del señor Óscar Sebastián Rojas Flórez y de la coadyuvante Ruth Ester Wilches Ruiz, ya que consideró que la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante que ocupa un cargo en provisionalidad, debe ceder ante el mejor derecho que posee el sujeto que ha superado el concurso de méritos para el nombramiento en el cargo ofertado.

Contra la anterior decisión, la señora Claudia Rocío Aguirre presentó impugnación, bajo el argumento que el Tribunal Administrativo de Boyacá no realizó un estudio detallado para darle prelación a los derechos invocados por el actor y la coadyuvante frente a los de una empleada nombrada en provisionalidad y que se encuentra en estado de embarazo.

Al respecto, la Sala advierte que en el caso bajo estudio la providencia adoptada por el Tribunal no fue producto de una discriminación de carácter subjetivo, en la medida que dicha decisión se fundamentó en el estudio de los derechos de carrera administrativa de los cuales son titulares los señores Óscar Sebastián Rojas Flórez y Ruth Ester Wilches Ruiz, toda vez que ambos aprobaron las etapas del concurso de méritos convocado por la Rama Judicial para la provisión de aquellos cargos de carrera que están vacantes definitivamente.

Igualmente, se observa que, bajo estas circunstancias, la decisión de separar del cargo a la señora Claudia Rocío Aguirre Bohórquez y Yenny Astrid Chaparro Porras se fundamentó en una razón general y legítima, que obedeció a que personas con un mayor derecho, solicitaron su nombramiento en el cargo que ellas desempeñaban en provisionalidad. En tal sentido, no se advierte que el Tribunal hubiera actuado desconociendo la especial situación en la cual se encontraba la impugnante y la señora Yenny Astrid Chaparro Porras, pues tuvo en cuenta que ambas estaban en estado de gravidez, y por lo mismo, dispuso unas medidas sustitutivas de protección.

Por lo anterior, la Sala considera que no es procedente revocar la sentencia de primera instancia, en la medida en que dicha decisión se adoptó teniendo en cuenta que existían unas personas con mejor derecho para ocupar el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador en los Juzgados mencionados, pues se analizó que los aspirantes, quienes habían aprobado todas las etapas del concurso de méritos, tenían una expectativa legítima de ocupar ese cargo, una vez se conformó la lista de elegibles y que se encontraba pendiente de resolver sobre la solicitud de traslado de un empleado de carrera, que tenía el visto bueno del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá.” (Se subraya).

Como se aprecia, la jurisprudencia nacional reconoce los derechos de carrera administrativa como los generados por una situación de vulnerabilidad. No obstante, estima que constituye un mejor derecho el generado en las nomas de carrera administrativa.

Esto no significa que se deba desconocer o aplazar el derecho de quien, por su especial condición de salud, goza de estabilidad laboral reforzada. Sobre el particular, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en su concepto Marco No 9 de 2018, indica lo siguiente:

“5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que 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 Política (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.

6. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.¹⁹

7. Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto 1083 de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

8. Por tanto, 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:

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.”

La administración debe encontrar un punto de equilibrio que reconozca y respete los derechos que entran en conflicto, considerando además que tanto la Corte como el Consejo de Estado señalan que el generado por gozar de estabilidad laboral reforzada *“debe ceder ante el mejor derecho que posee el sujeto que ha superado el concurso de méritos para el nombramiento en el cargo ofertado”*

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. No es procedente que el ente territorial reintegre al funcionario en una OPEC que ya tiene lista de elegibles, por cuanto se violentaría el legítimo derecho de quien se encuentra en primer lugar en la lista de elegibles de ser nombrado en el cargo para el cual concursó y aprobó. En caso de efectuarse el reintegro en este empleo, quien encabeza la lista podrá solicitar de forma administrativa y judicial el reconocimiento de su derecho conculcado, pues es su derecho ser designado por haber superado satisfactoriamente un proceso de selección y encontrarse en primer lugar en la lista de elegibles.

2. Este Departamento no es competente para establecer responsabilidad de servidores públicos por acción u omisión en el cumplimiento de sus deberes. La valoración sobre las consecuencias de efectuar el reintegro de una persona en un cargo que cuenta con lista de elegibles y la existencia o la existencia de mala fe, es responsabilidad de la dependencia encargada del control disciplinario y de la Procuraduría General de la Nación.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional, en sentencia T-373 del 8 de junio de 2017, con ponencia de la Dra. Cristina Pardo Schlesinger, en Acción de tutela instaurada por Aura Milena Rodríguez Montaña contra el municipio de Tumaco - Secretaría de Educación

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:46:34