



Concepto 302751 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000302751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000302751

Fecha: 18/08/2021 09:16:16 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL. Aplicación de la protección especial a provisionales en incapacidad frente al cumplimiento de la posesión de quienes ocupen los primeros lugares en la lista de elegible en concurso de méritos RADICADO: 2021-206-058207-2 del 17 de agosto de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual presenta varios interrogantes relacionados con la estabilidad laboral de los funcionarios nombrados en provisionalidad que se encuentran en licencia por enfermedad, frente a la aplicación de lista de elegibles, resultante de un concurso de méritos, de manera atenta me permito dar respuesta a sus interrogantes, previas las siguientes consideraciones:

Sea lo primero señalar que, el procedimiento para la provisión de los empleos en las entidades del Estado se encuentra previsto en la Constitución Política y en la ley.

En este orden de ideas, la Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, dispone:

“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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...). (Subrayado y negrita nuestro)

De la misma manera, la Ley 909 de 2004¹, al desarrollar el Artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, 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.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio

público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna". (Subrayado nuestro)

"ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño".

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la Constitución Política establece que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el Artículo 53 de la Constitución.

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

En ese sentido, se precisa que conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, 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 y siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Ahora bien, el término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentra concebido para la vacancia definitiva hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba de quien ocupe el primer lugar en el respectivo concurso de méritos y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen a la misma, sin que la norma establezca prórroga en el evento que el provisional se encuentre en una situación administrativa como una licencia, vacaciones o comisión.

Una vez en firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en los empleos objeto del concurso.

La provisión del respectivo empleo 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 que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión por licencia por enfermedad, 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. [Subrayado fuera de texto].

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010, 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.

Adicionalmente, es importante anotar que, en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002² y el Decreto 190 de 2003³ ha previsto el denominado «reten social», figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública. Dicho retén social no se aplica en el caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que está incapacitado, debe ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, dado que, como lo señala la jurisprudencia indicada, su condición no los exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, la entidad al momento de la desvinculación, deberá expedir un acto administrativo motivado, con la finalidad de proveer el respectivo empleo con quien ha participado y superado un concurso de méritos, haciéndose merecedor del cargo.

Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, se dará respuesta a sus interrogantes en el mismo orden de su presentación así:

1.- A su primer interrogante, relacionado con ¿Existe alguna protección para el funcionario que ocupa el empleo en provisionalidad, considerando que se encuentra en incapacidad mayor a 180 días?, se colige que, de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional arriba citadas, el empleado nombrado en provisionalidad no cuenta con estabilidad laboral que impida retirarlo del servicio mediante acto motivado para posesionar a quien superó un concurso de méritos.

2.- A su segundo interrogante, en el que consulta ¿Prevalece la situación de incapacidad en la que se encuentra el servidor o prevalece el principio de mérito?, se deduce que, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre otros, en Sentencias C-901 de 2008, SU-070 de 2013 el mérito es el factor preponderante para vincularse o permanecer en la Función Pública.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, mediante el que plantea si ¿Es posible que como entidad aplacemos el nombramiento de la persona que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, hasta que el funcionario en provisionalidad supere su incapacidad o sea pensionado?, se precisa que el Decreto 1083 de 2015 establece:

“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:

- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 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.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del Artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

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 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.*

PARÁGRAFO 3. 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 párrafo 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.

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el párrafo 2 del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

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 orden de protección generado por, entre otros, a los empleados con nombramiento en provisional con enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

4.- A su cuarta solicitud, mediante la cual consulta si en caso de que no exista ninguna alternativa para mantener al funcionario en mención en el empleo, ¿Deberá terminarse la provisionalidad del funcionario, así este se encuentre en licencia de incapacidad?, le reitero la respuesta al primer interrogante, en el sentido que, de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional arriba citadas, el empleado nombrado en provisionalidad no cuenta con estabilidad laboral que impida retirarlo del servicio mediante acto motivado para posesionar a quien superó un concurso de méritos.

5.- En atención al quinto interrogante de su escrito, encaminada a determinar ¿Qué mecanismos debe prever la entidad para prevenir la vulneración de los derechos del servidor que se encuentra en incapacidad en caso de que no sea el primero en la lista de elegibles?, le reitero la respuesta al tercer interrogante de su escrito, en el que se indicó que, 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 orden de protección generado por, entre otros, a los empleados con nombramiento en provisional que tengan enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

En este orden de ideas, y en atención puntual a su interrogante, se precisa que, en el caso que el empleado provisional de una entidad tenga una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad tiene la posibilidad de ser retirado del servicio al final del proceso de provisión de cargos 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.

6.- En relación con su sexto interrogante, relacionado con *si tuviera que finalizarse la provisionalidad del funcionario ¿Cuál es la obligación de la entidad frente a los aportes de seguridad social del funcionario en incapacidad?*, se precisa que la obligación de las entidades u organismos públicos para realizar aportes al sistema de seguridad social se encamina a quienes se encuentren vinculados como empleados públicos, en ese sentido, en el caso del retiro de un empleado provisional, cesa la obligación de la entidad para el efecto.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
2. «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»
3. «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002»

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:09:30