



Concepto 436141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000436141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000436141

Fecha: 13/12/2021 10:03:01 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Empleado Provisional. Protección Especial. Empleada Incapacitada. Radicado: 20219000704872 del 16 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual expone que una entidad se encuentra desarrollando un proceso de selección a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer 30 empleos de carrera administrativa, de los cuales 25 se ofertarán a través de la modalidad abierta, y esta entidad recibió un derecho de petición de una empleada en provisionalidad que viene presentando una serie de incapacidades médicas en los últimos meses, en la cual solicita estabilidad laboral reforzada; consultando si el derecho preferencial es el mérito o la estabilidad laboral reforzada, y cuáles son las acciones a implementar ante este último, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es preciso indicar en relación a los empleos públicos de carrera administrativa que, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, 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 fuera de texto original)

La Ley 909 de 2004¹, por su parte, modificada por la Ley 1960 de 2019, en cuanto a los concursos, dispone:

“Artículo 2º. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

Artículo 29. Concursos. 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.

De conformidad con lo anterior los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

(...)

Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)

De acuerdo a lo dispuesto en la normativa que se dejó indicada, se puede concluir que los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, el cual es considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el artículo 53 de la Constitución Política.

Para dar cumplimiento a este pilar fundamental y ocupar la titularidad de empleos de carrera administrativa de forma definitiva, el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, dispone que 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 cuales podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño.

En la materia, es importante abordar reiteradas jurisprudencias² proferidas por la Corte Constitucional en la cual se ha pronunciado sobre la garantía al derecho de participación de todas aquellas personas que se postulan para ocupar por mérito la titularidad de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la administración pública, considerando lo siguiente:

"No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes." (Subrayado fuera del texto original)

A partir de la normativa y jurisprudencia expuesta, el concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público de carrera administrativa. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico, el determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma, de manera que, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que resulte en el primer puesto de la lista de elegibles adquiera el derecho a ocupar el cargo, para que una vez superado el periodo de prueba por seis (6) meses sea inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Así entonces, es necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante nombramiento provisional que deseen acceder a un empleo público de carrera administrativa en propiedad participen en los concursos de méritos abiertos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, toda vez que en virtud del principio de meritocracia, podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, y de esa forma garantizar los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano.

Ahora bien, en relación con el nombramiento provisional efectuado en empleos de carrera administrativa que presentan vacancia definitiva, el artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015³, dispone lo siguiente:

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. (...) (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la normativa citada en precedencia, se tiene que los empleados de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arrojó el concurso respectivo, y mientras se surte este proceso de selección, el empleo vacante de carrera definitivo deberá proveerse transitoriamente a través de las figuras de encargo o como para el presente asunto, mediante nombramiento provisional.

En este sentido, abordando su consulta en concreto, y teniendo en cuenta que el empleo que presenta vacancia definitiva se encuentra provisto

mediante nombramiento provisional, frente a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015⁴, dispuso:

“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”.

Frente a esto último, la Corte Constitucional mediante sentencia⁵ consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

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 fuera del texto original).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

En ese sentido, 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, es procedente que dentro de una entidad territorial 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, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es por la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Ahora bien, frente a las incapacidades médicas que presenta la empleada provisional del presente asunto, es preciso abordar sentencia⁶ proferida por la Corte Constitucional en la cual consideró lo siguiente, a saber:

“No desconoce la Corte que el artículo 4º del proyecto plantea una diferenciación 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 que 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[52], la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el que se concursa[53], el ingreso automático a la carrera[54] o los concursos cerrados para ingreso o ascenso[55], 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[56], la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de

conformidad con los resultados del concurso[57].

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 del texto original)

En virtud de lo expresado por la Corte Constitucional, es importante manifestar que, en su consulta relaciona únicamente la constante presentación de incapacidades por una empleada en provisionalidad, lo cual no permite considerar que se trate de una persona que se encuentre en condición de discapacidad.

Sin embargo, haciendo una interpretación general de lo jurisprudencia citada, se puede considerar que en aquel evento en que se surta un proceso de selección en una entidad y producto de este haya sido seleccionado una persona para ocupar un empleo en periodo de prueba, empleo que se encuentra provisto en provisionalidad, cuyo titular ha sido objeto de constantes incapacidades; la entidad deberá ponderar las circunstancias de este empleado frente al mérito que dispone la Constitución Política, como factor predominante para acceder al servicio público.

1. En consecuencia, y para dar respuesta a su primer interrogante, aquel empleado provisional que se le ha otorgado varias incapacidades podrá ser retirado del servicio en caso de que deba ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos adelantado en una entidad para proveer el empleo del cual es titular, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

2. Por lo tanto, y previo a dar respuesta a su segundo interrogante, es de advertir que la protección especial de estabilidad laboral reforzada dispuesta en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, se encuentra enmarcada para aquellas entidades que se encuentren en procesos de reestructuración o liquidación, procesos en los que eventualmente se puede ver comprometida la estabilidad laboral de empleados públicos en debilidad manifiesta.

Es así, que, para el caso en concreto, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que presenta recurrentes incapacidades médicas; en los términos de la Corte, no impide que se someta a un concurso público y abierto donde en igualdad de condiciones podrá demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante.

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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

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. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, 17 de febrero de 1999, Sentencia T-089/99, Consejero Ponente: Jose Gregorio Hernandez Galindo.
3. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."
4. "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"

5. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

6. Corte Constitucional, Sala Plena, septiembre 17 de 2008, Referencia: expediente OP-103, Consejero Ponente: Mauricio González Cuervo.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:50