



Concepto 135691 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000135691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000135691

Fecha: 04/04/2022 04:48:45 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Persona en condición de discapacidad con nombramiento provisional ¿Procede el retiro del servicio de un provisional en condición de discapacidad que se ha ofertado su empleo en concurso de méritos en el Ejército Nacional? RAD. 20222060090322 del 18 de febrero de 2022.

Acuso recibo de su consulta, la cual fue remitida a este Departamento Administrativo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual realiza varios interrogantes relacionados con la estabilidad laboral reforzada de un empleado en condición de discapacidad que se encuentra vinculado mediante nombramiento provisional al Ejército Nacional.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto 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, razón por la cual la resolución de los casos particulares le corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

De otra parte, es necesario aclarar que el Ejército Nacional de Colombia tiene un régimen especial de carrera, el cual se regula por lo establecido en el Decreto Ley 91 de 2007¹, que sobre las causales de retiro del servicio establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 57. Causales de retiro. Además de las causales de retiro previstas en la Constitución Política y en las disposiciones legales aplicables al personal civil y no uniformado de las entidades del Sector Defensa, los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa serán retirados de la Carrera y por lo tanto del servicio, cuando obtuvieren una evaluación y/o calificación definitiva insatisfactoria.

No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados civiles no uniformados del Sector Defensa amparados con fuero sindical, en los siguientes casos:

- 1. Cuando no superen el período de prueba.*
- 2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.*
- 3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su*

nombramiento en estricto orden de mérito”. (Negrilla nuestra)

Conforme lo establecido en la anterior normativa, y lo establecido en el Decreto 1214 de 1990² se evidencia que podrá darse el retiro del servicio en el caso que un empleo provisto en provisionalidad sea convocado a concurso y el empleado que lo ocupa no participó en él o éste no ocupó el puesto que permitiera su nombramiento en estricto orden de mérito.

Igualmente, se evidenció que no hay una norma que establezca particularmente que la entidad deba seguir un procedimiento especial para dar por terminado el nombramiento provisional en caso que los empleados que ocupan dichos empleos se encuentren en condición de discapacidad u otra condición similar.

No obstante, se hace necesario mencionar que, sobre el particular la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“... 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 concursó, 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”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

Con fundamento en lo expuesto, y atendiendo puntualmente su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el hecho que un empleado provisional padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá 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 por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 446 de 2011, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados, refirió:

“En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación². En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"³

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia." (Negrita y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la jurisprudencia, las personas en situación de discapacidad tienen una debilidad manifiesta en desarrollo de los artículos 13, 47, 53 y 54 de la Constitución Política razón por la cual, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que el empleado en situación de discapacidad sea reubicado donde pueda conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: "(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos." (Negrita y subrayado fuera de texto)

En ese sentido, me permito dar respuesta a sus interrogantes en el siguiente orden:

1. ¿Debe el ejército Nacional solicitar autorización al Ministerio del Trabajo previo a la excepción del acto administrativo de retiro, en el evento de agotar acciones afirmativas posibles al momento de aplicación de la lista de elegibles, respecto al personal nombrado en provisionalidad que presente incapacidad temporal y no haya superado el concurso de méritos? ¿De ser afirmativa la respuesta cuáles son los requisitos, así como el procedimiento que deberá atender el Ejército Nacional y qué factor competencia determina la oficina de trabajo ante la cual se deba adelantar?

Al respecto se concluye en primer lugar que cuando un empleado provisional que padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá 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 por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Igualmente, se puede concluir que la norma no establece que en casos como el de su consulta deba solicitarse autorización al Ministerio del Trabajo, para dar por terminado el nombramiento provisional de quien se encuentra en una situación de indefensión o condición de discapacidad. No obstante, en atención a los criterios y condiciones establecidas por la Corte Constitucional, esta Dirección Jurídica considera que, es el empleador quien debe revisar la situación particular de cada uno de sus empleados y aplicar las acciones afirmativas que correspondan y sean necesarias para evitar la vulneración de sus derechos, especialmente cuando se trata de aquellos empleados en condición de discapacidad.

En ese sentido, en aquellos eventos en los que la Administración no pueda reubicar al empleado, deberá generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos. Esto, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos, por cuanto en tal caso deberá igual prevalecer el derecho de carrera de quien superó el proceso de selección.

2. ¿Cuáles son los requisitos que debe tener en cuenta el Ejército Nacional para retirar a una persona nombrada en provisionalidad que presente incapacidad temporal o pendiente de definición de dicha condición?

Como le indiqué en el acápite anterior, la Entidad deberá seguir los preceptos establecidos por la Corte Constitucional en el caso que sea necesario el retiro del servicio de un empleado en condición de discapacidad que se encuentra vinculado mediante nombramiento provisional y cuyo empleo fue ofertado en concurso de méritos. Entre las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional encontramos que la entidad deberá aplicar acciones afirmativas que permitan proteger a las personas en condiciones especiales con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos.

En caso de tener dudas adicionales o un pronunciamiento más específico sobre el tema de su consulta, deberá solicitar pronunciamiento al Ministerio de Defensa, toda vez que a los empleados que se encuentran vinculados al Ejército Nacional les aplica un régimen especial de carrera administrativa.

3. ¿En qué eventos y por cuanto tiempo debe Ejército Nacional mantener la afiliación al Sistema de Seguridad Social en salud respecto del personal con incapacidad temporal, pérdida de capacidad laboral o pendiente definición de dicha condición?

Sobre el particular, me permito indicarle que de conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre este tema, por lo que podrá dirigirse directamente al Ministerio de Salud y Protección Social para que emita el concepto correspondiente.

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 </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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Ma. Camila Bonilla G.

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

¹Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal.

²Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:14:58