



Función Pública

Concepto 181301 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000181301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000181301

Fecha: 17/05/2022 12:22:03 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Cumplimiento a decisiones judiciales que ordenan el reintegro de empleados. Procedencia del retiro de empleado con nombramiento provisional. Radicado: 20222060185592 del 3 de mayo de 2022.

En la comunicación de la referencia, informa que el juzgado 17 Civil del Municipio profirió en la sentencia adjunta, el reintegro de una trabajadora " a un empleo igual o vacante..." Al respecto, la parte accionada alega que dichas vacantes se encuentran en provisión transitoria y por ende "no están vacantes", empero el concepto 20206000404541 proferido por el DAFP aclara que dicha provisión transitoria no elimina el status de vacante y que por ende todo trabajador del cual se ordene su reintegro por orden judicial a un cargo vacante, debe ser reintegrado a tal ,así implique terminar el encargo de quien ocupe en provisionalidad transitoria para que el trabajador pueda ser reintegrado al mismo.

A la fecha, la entidad accionada se encuentra en Desacato. Con base en la información precedente, solicita le sea aclarado el concepto, en aras de la protección de los Derechos Fundamentales de la parte accionante de la providencia judicial adjunta, conforme el segundo punto del Resuelve.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

Con respecto al cumplimiento de las decisiones judiciales que ordenan el reintegro de empleado, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

«ART. 189.- Efectos de la sentencia. (...)

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias, y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.» (Subrayado Nuestro)

Como se aprecia, el cumplimiento de una sentencia judicial es una orden perentoria que toda entidad pública debe acatar.

Respecto a la obligación de cumplir las sentencias de tutela, la Sala Plena de la Corte Constitucional en su Sentencia [SU034](#) del 3 de mayo de 2018, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, indicó lo siguiente:

"..., acudir a las autoridades jurisdiccional quedaría desprovisto de sentido si, luego de agotadas las etapas previstas para cada trámite y emitida la decisión que desata el litigio, la parte vencida pudiera deliberadamente hacer tabla rasa de lo resuelto o cumplirlo de forma tardía o defectuosa, comprometiendo el derecho al debido proceso de la parte vencedora y perpetuando indefinidamente la afectación a sus bienes jurídicos. La jurisprudencia constitucional ha sostenido sobre el particular que ^[33] (Se subraya).

Esto significa que las entidades públicas se encuentran en la obligación de cumplir con las decisiones judiciales, entre ellas, los fallos de tutela.

Ahora bien, se inquiera en su consulta si es procedente que se desvincule a un empleado con nombramiento provisional para dar cumplimiento

al fallo de tutela y si se debe entender que este tipo de vinculación corresponde a una vacancia definitiva.

Sobre el particular, el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", respecto a los eventos en los cuales se considera que un empleo se encuentra en vacancia definitiva o temporal, determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.5.2.1 Vacancia definitiva. Para efecto de su provisión se considera que un empleo está vacante definitivamente por:

- 1) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
- 2) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.
- 3) Renuncia regularmente aceptada.
- 4) Haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.
- 5) Invalidez absoluta.
- 6) Edad de retiro forzoso.
- 7) Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
- 8) Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.
- 9) Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.
- 10) Orden o decisión judicial.
- 11) Muerte.
- 12) Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

De acuerdo con la anterior norma, se considera que un empleo presenta vacancia definitiva en los eventos allí descritos; no obstante, es preciso señalar que aun cuando el empleo de carrera se encuentre vacante en forma definitiva, es posible que haya sido provisto de manera transitoria mediante encargo o nombramiento provisional, sin que se modifique su condición de vacante definitiva.

Ahora bien, sobre la desvinculación de empleados con nombramiento provisional, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-1022 del 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla, determinó lo siguiente:

"3. Necesidad de motivar los actos administrativos que dan por terminado un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera. Reiteración de jurisprudencia.

(...)

Por la pertinencia para el caso objeto de análisis, resulta adecuado hacer referencia a los planteamientos contenidos en la sentencia T-464 de junio 12 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, donde esta misma Sala de Revisión señaló en los siguientes términos los postulados básicos de la referida línea jurisprudencial:

"En primer lugar, y de manera general, la Corte ha señalado que los derechos propios de los empleos de carrera administrativa, y particularmente la estabilidad laboral que los caracteriza, no se ve reducida por el hecho de ocupar uno de tales empleos bajo la figura de un nombramiento provisional. En este sentido, esta corporación ha sido contraria a la postura que suele equiparar la situación de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, con la de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, posición que, como es conocido, es esencialmente disponible.

En segundo término, y en lo que hace relación con la procedencia de la tutela para ventilar este tipo de situaciones, ha resaltado la Corte que la estabilidad laboral no tiene el carácter de derecho fundamental. Esta consideración, unida a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como específico medio de defensa judicial para controvertir la legalidad de los actos administrativos que decreten una insubsistencia, sustentan la postura jurisprudencial de esta Corte en el sentido de que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para procurar el reintegro del funcionario cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente, al cargo que ocupaba con anterioridad a dicha declaración.”

Al tenor de estas consideraciones, también ha sostenido la Corte Constitucional que la acción de tutela resulta procedente para solicitar la completa expresión de los motivos que sustentan la terminación o la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de carrera, cuando quiera que el nominador que la expide no los exprese de manera espontánea y suficiente, en consideración a que no se trata de controvertir la validez o legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo cual existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia que se relaciona con el debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política...”.

En consecuencia, la terminación de nombramientos en la planta de personal que se encuentran provistos con personal nombrado en la modalidad de provisional, debe efectuarse mediante resolución motivada.

Ahora bien, si revisada la planta de personal se encuentra más de un empleo que resultan ser iguales o equivalentes al cargo por proveer por orden judicial, con el fin de retirar a uno de estos provisionales resulta necesario tener en cuenta el orden de protección consagrado en el Decreto 1083 de 2015, que ordena:

“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:

Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

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.

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.

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. 1 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 2 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.

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 parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019”.

En consecuencia, considera esta Dirección Jurídica, que tratándose del retiro de funcionarios provisionales como consecuencia de un fallo judicial que decide el reintegro de un funcionario deberá efectuar el análisis pertinente con el fin de retirar del servicio, de forma preferente, al provisional que no se encuentre en ninguna de las causales relacionadas en el parágrafo 2°.

Es importante señalar que la administración, no obstante encontrarse obligada a cumplir con el fallo de tutela que ordena el reintegro, debe analizar la situación específica tanto de la entidad como de sus servidores públicos, y optar por la decisión que implique el menor impacto, dando cumplimiento al fallo en el siguiente orden:

Primera opción: verificar la existencia de empleos vacantes definitivamente sin que estén provistos de manera transitoria mediante nombramiento provisional.

Segunda opción: si no existe vacante como las señaladas en el punto anterior, deberá verificar si hay un empleo vacante provisto mediante nombramiento provisional y, con base en las prioridades descritas en la norma (artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015), determinar a qué empleado con nombramiento provisional se deberá desvincular de la entidad para dar cumplimiento al fallo, fundamentando su retiro en el mismo.

Tercera opción: si no existe en la planta personal empleos provistos mediante nombramiento provisional, podrá estudiarse la posibilidad de incorporarlo en un empleo equivalente en los términos de la sentencia (si así lo indica el fallo).

Cuarta opción: si la sentencia no contempla la posibilidad de que sea reintegrado en un cargo equivalente, se podrá crear el correspondiente empleo.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

La entidad sobre la que recae el fallo de Tutela, está en la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado por el juez. Si, con base en el análisis efectuado en el cuerpo del concepto, no hay en la planta de personal un empleo vacante definitivamente que no haya sido provisto de forma temporal mediante encargo o nombramiento provisional, el representante legal de la entidad deberá terminar el encargo o desvincular a un funcionario que se encuentra con nombramiento en provisionalidad, la administración deberá valorar la situación respecto al cumplimiento del fallo de reintegro y evaluar qué situación es más favorable respecto a la administración misma y la de otros empleados que se vean afectados por el cumplimiento de la sentencia.

Si, finalmente, del estudio que realice de la situación, la entidad estima que la única opción para acatar el fallo es retirar del servicio a un funcionario con nombramiento provisionalidad, procederá en esta forma sin que ello constituya transgresión a las normas de administración de personal.

La desvinculación de un empleado con nombramiento provisional, deberá motivarse y, en el caso concreto, el argumento a esgrimir es el cumplimiento del fallo de Tutela.

La administración podrá crear un cargo para dar cumplimiento a la orden judicial de reintegrar a la exfuncionaria, de acuerdo con lo ordenado en el fallo. El fundamento para su creación deberá estar fundado en el fallo judicial. De lo contrario, estaría incurriendo en las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías.

El artículo 2.2.5.2.1 define las situaciones en las que se entiende un empleo vacante definitivamente. Esta calidad no cambia por encontrarse el empleo provisto de manera transitoria mediante nombramiento provisional.

El incumplimiento de un fallo de Tutela genera consecuencias para el renuente.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:08:02