



Concepto 048471 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000048471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000048471

Fecha: 03/02/2023 11:05:38 a.m.

Bogotá D.C.

REF: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Viabilidad de empleado de carrera en encargo de presentarse al concurso de méritos teniendo en cuenta la calidad de prepensionado. RAD. 20239000004242 del 04 de enero de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa «*Sí tengo un encargo por ser empleado de carrera administrativa y soy prepensionable, pueden sacar a concurso dicho encargo y en caso de perder el concurso devolverme a mi puesto anterior, o deben permitir que me pensione en el encargo.*», me permito manifestarle lo siguiente.

De acuerdo con el Decreto 430 de 2016¹ artículo 1 el objeto del Departamento Administrativo de la Función Pública consiste en 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”. Por lo tanto, no tiene competencia de resolver situaciones de carácter particular.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

«**ARTÍCULO 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.» (Destacado nuestro)

De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política de 1991, es 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.

La Ley 909 de 2004², establece:

«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.»

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.» (Destacado fuera de texto).

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.

En ese orden de ideas, se considera 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 en los cuales podrán estar 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 cuanto al encargo, como uno de los beneficios a que tienen derecho los empleados de carrera, para proveer vacantes temporal o definitivamente, se puede dar por terminado, por las siguientes causales: cuando se presenta renuncia del mismo, por obtención de evaluación del desempeño no satisfactoria, por decisión del nominador debidamente motivada, por la pérdida de los derechos de carrera, cuando se acepte la designación para el ejercicio de otro empleo, por la imposición de sanción disciplinaria consistente en suspensión o destitución y por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo.

Finalmente, en cuanto a los empleados en estado de indefensión, la sala plena de 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.» (Destacado fuera de texto)

Conforme a la jurisprudencia indicada, las personas que tienen la calidad de prepensionados pueden someterse en igualdad de condiciones para demostrar su capacidad y mérito en los concursos abiertos.

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que nadie está obligado a concursar no obstante, los mismos deben ser abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

Ahora bien, en relación a los empleados de carrera, de acuerdo con lo previsto en la normativa transcrita, se tiene que el concurso de ascenso tiene como finalidad permitir al empleado con derechos de carrera administrativa la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera procedente que, en el caso de un concurso de ascenso, un empleado público

con derechos de carrera administrativa se postule a cualquiera de los empleos vacantes, siempre que cumpla con el perfil y los requisitos que se exigen para el ejercicio de los mismos, los cuales deberán estar contenidos en el manual específico de funciones y competencias laborales que tenga adoptado la entidad.

En ese sentido, debe concluirse que la inscripción a un concurso de ascenso es libre y depende únicamente de la voluntad del empleado con respecto a la postulación al mismo, resaltando que la Entidad no es la que determina cuáles de sus empleados con derechos de carrera pueden participar y a qué empleos, ya que como se anotó, la participación en éstos es completamente libre.

Aunado a lo anterior, se precisa que el concurso de ascenso permite al empleado con derechos de carrera administrativa la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

No obstante, en caso de no superar o de no presentarse al correspondiente concurso, resulta procedente la terminación del encargo, basado en la provisión definitiva del empleo, regresando así, al respectivo cargo titular.

Así mismo, le corresponde a cada entidad verificar cada caso en particular a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado que está próximo a cumplir los requisitos exigidos para adquirir el derecho a pensión de vejez.

Con 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 <https://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: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

2 *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:47:15