



Función Pública

Concepto 058481 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000058481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000058481

Fecha: 01/02/2024 12:18:14 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Estabilidad Laboral Reforzada. Retiro del Servicio. RADICACIÓN: 20232061131292 del 20 de diciembre de 2023.

En primer lugar, es necesario indicarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares 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.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares, ni establecer como se debe dar cumplimiento a las decisiones de la comisión de personal de la entidad. No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo lo siguiente:

Como primera medida es importante señalar que, frente a la forma de acceder a un empleo público, nuestra Constitución Política establece:

"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." (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En este sentido, la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones" señala:

"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".

(...)

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. (...)". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De esta manera, conforme con lo anterior, se tiene que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa, se realizará 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; así mismo, se indica que los concursos para proveer los empleos públicos, serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y no se encuentren inhabilitadas.

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

Por otro lado, las entidades del Estado por necesidades del servicio pueden proveer los empleos de carrera en forma transitoria, ya sea mediante nombramiento en encargo o nombramiento en provisionalidad. De esta manera, 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; el cual se fundamentará en las causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no existan empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Ahora bien, en lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional ha reconocido, que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

El anterior razonamiento, fue impuesto por la Sala Plena de la Corporación, mediante providencia SU-446 de 2011, con Ponencia del Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación

de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión, la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

Así las cosas, si bien los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En este mismo sentido y en relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional, ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales, de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad, es así como, mediante sentencia de unificación SU 446 de 2011 enunciada anteriormente, la Corte Constitucional, se expresó en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de personas que se encuentran en circunstancias especiales como madres y padres cabeza de familia, prepensionados, o personas en situación de discapacidad y que se encuentran ocupando dichos cargos en provisionalidad, argumentando:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, 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 desvinculación. 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.

(...)

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” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, pese a la potestad que tiene la administración de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad, que ocupan un cargo de carrera administrativa, deben observarse previamente unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de la cual son titulares, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran en condiciones especiales: Entre ellos podemos enunciar:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

De esta manera, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades, que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estén próximas a pensionarse, o que se encuentren en situación de discapacidad, sean reubicadas donde puedan 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 se señaló: *“(…) 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”.* (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo y tratándose de empleados en provisionalidad, que se encuentran bajo una condición especial, como en el caso motivo de consulta, antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, deberá la administración tenerlos en cuenta, disponiendo que sean las últimas en ser removidas de su cargo; y en todo caso, en la medida de las posibilidades, vincularlos nuevamente en forma provisional, en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalentes de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Vivian Parra

Revisó: Maia Borja

116028.4.

NOTAS DE PIE DE PAGINAS

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

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 20:05:14