



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20176000241431

Fecha: 02/10/2017 04:36:33 p.m.

Bogotá D.C.

Señor(a)
ANÓNIMO

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. De provisional en condición de discapacidad en caso de que pierda el concurso de méritos. **Radicado: 20179000223512 del 28 de agosto de 2017**

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

PROBLEMA JURIDICO

¿Es viable el retiro del servicio de un provisional en condición de discapacidad en caso de no superar el respectivo concurso de méritos?

ANÁLISIS

La Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados, esta Dirección ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La citada normatividad está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto administrativo motivado.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 de 2008, se pronunció sobre el tema, señalando:

4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional. [...]

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección", 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). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo [...]. [Subrayado fuera de texto].

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, 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 sometán a un concurso público y abierto donde puedan en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad. [Subrayado fuera de texto]

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010 consideró:

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. [...]

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. [...]

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.

Así mismo, es de anotar que en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002¹ y el Decreto 190 de 2003² ha previsto el denominado «reten social», figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho retén social no se aplica en el caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.

No obstante, y dado que se trata de un empleado en condición de discapacidad, la Ley 361 de 1997, «por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones», establece:

Artículo 26º.- En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

En los términos de la norma transcrita, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, a no ser que medie autorización de la oficina de trabajo. Es decir, que la prohibición de despido tipificada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es por causa de la limitación del empleado o trabajador.

Con relación al mismo tema, Corte Constitucional en sentencia C- 531 del 10 de mayo del 2000, indicó:

[...] permanece el deber del Estado de garantizar que el discapacitado obtenga y conserve su empleo y progrese en el mismo, para promover la integración de esa persona en la sociedad, hasta el momento en que no pueda desarrollar la labor para la cual fue contratado, ni ninguna otra de acuerdo con la clase de invalidez que se presenta, debidamente valorada por la autoridad del trabajo.

De acuerdo con las disposiciones y jurisprudencia transcrita, 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 que el empleado en situación de discapacidad sea reubicado donde pueda conservar y progresar en el empleo.

En este orden de ideas, y dado que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue modificado por el Decreto Ley 019 de 2012 incluyendo en su inciso 2 lo siguiente: «no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, siempre se garantizará el derecho al debido proceso».

No obstante, el artículo 137 del Decreto Ley 019 de 2012 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-744 de 2012 al considerar que el gobierno Nacional se excedió en las facultades extraordinarias que le fueron concedidas para legislar por vía de decreto lo concerniente a la eliminación de la autorización del Ministerio del Trabajo para despedir al trabajador aun cuando se tratase de una justa causa.

¹ Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

² Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002.

CONCLUSIONES

El empleado provisional con discapacidad debe 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. Ya que, como lo señala la corporación, su condición no los exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

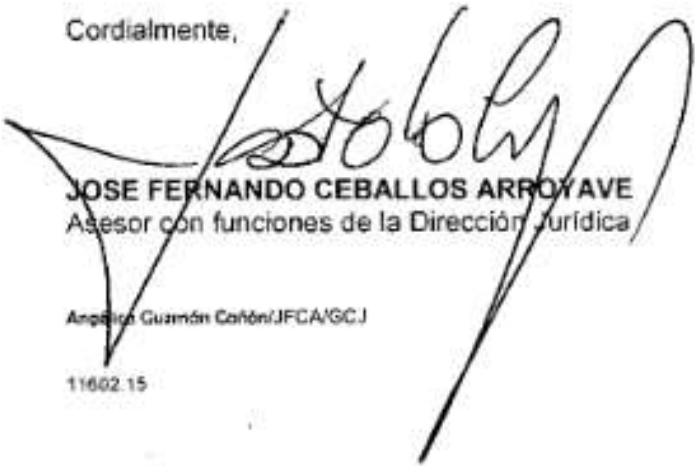
Por lo tanto, la entidad puede desvincularlo mediante acto administrativo, el cual se motivará en que el cargo va a ser ocupado por quien ha participado y superado un concurso de méritos, haciéndose merecedor del cargo.

No obstante, a efectos de evitar que el provisional en condición de discapacidad sufra un detrimento como consecuencia de la desvinculación por su condición, esta Dirección Jurídica considera que para todos los eventos, el despido debe estar autorizado por el Ministerio de Trabajo o la autoridad competente por disposición del legislador.

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,


JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

11602.15