Función Pública

Concepto 103761 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000103761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000103761

Fecha: 09/03/2022 09:34:46 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETÉN SOCIAL - PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA. RADICACION: 20229000052542 del 27 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente que un empleado nombrado en provisionalidad continúe en su empleo el cual fue ofertado quedando en primer lugar en la lista de elegible para el mismo otra persona en atención a que aun no cuenta con las semanas requeridas para obtener la pensión por vejez, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar se debe precisar que la constitución política determina en su Artículo 125 lo siguiente:

"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.

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.

(...)"

De conformidad con la norma Constitucional, se debe precisar que el ingreso a los empleos públicos salvo excepciones otorgadas por la Ley es a través de un concurso de méritos, en este sentido la Ley 909 de 2004[1] sobre los nombramientos en provisionalidad en su Artículo 24 de la Ley 909 contempla que estos proceden de manera excepcional, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos vacantes de empleos de carrera administrativa siempre y cuando dentro de la planta de personal no se encuentre personal que posea las aptitudes y habilidades para el desempeño del empleo vacante y demás requisitos establecidos por la norma.

De este modo que, el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal de carrera que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada, de conformidad con las reglas precitadas

Así las cosas, en virtud de la naturaleza de los empleos de carrera administrativa, los empleados nombrado en provisionalidad "gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos."[2] En este sentido, la estabilidad laboral relativa de los empleados vinculados en provisionalidad cede ante el mejor derecho de aquellos que supere el curso de méritos correspondiente.

Asimismo, 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."[3]

De lo anterior que, respecto a la terminación del nombramiento de empleado en provisionalidad el Decreto 1083 de 2015 dispone que esta ocurre de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".

De esta manera que, el Artículo arriba transcrito materializa el criterio adoptado por la corte en atención a la estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en provisionalidad, toda vez que estos podrán ser separados de sus funciones bajo los supuestos determinados por la Ley y la jurisprudencia.

Así las cosas, para efectos de dar respuesta puntual a su interrogante, en criterio de esta dirección, *los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.*[4] En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

No obstante lo anterior, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.[5]

De acuerdo a lo anterior, la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectué mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

Por consiguiente, en virtud del deber constitucional y legal una vez realizado el concurso de méritos para la provisión del empleo resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectué mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

Ahora bien, es de advertir que empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un 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.[6]

Sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno mencionar que dentro de las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni pronunciarse en circunstancias de carácter particular u ordenar a las entidades públicas el cumplimiento de las disposiciones normativas que se emitan, por lo que esta Dirección Jurídica conceptualiza de manera general sobre los temas consultados

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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.”

2. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

3. Sentencia de Unificación SU446/11 M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

5. Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

6. sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Fecha y hora de creación: 2024-06-02 20:46:33