



Concepto 154221 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000154221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000154221

Fecha: 22/04/2020 03:46:17 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados Provisionales. Radicado: [20202060134812](#) del 03 de abril de 2020.

De acuerdo a la comunicación de referencia, en la cual consulta si es procedente que un empleador o nominador declare la insubsistencia de una empleada en provisionalidad desplazada por la violencia y mujer cabeza de familia, por quien ganó la titularidad del empleo previo concurso de méritos en medio de la Emergencia Sanitaria que está pasando en el país, me permito indicarle lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política dispone que por regla general los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Así mismo, dispuso que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará a través de la demostración del mérito.

En el artículo 29 y 30 de la Ley 909 de 2004¹ respectivamente, se dispuso que es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleados públicos de carrera administrativa y estarán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. Para ello la Comisión suscribirá contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas para tal fin, las erogaciones que se deriven de dichos procesos estarán a cargo de las entidades que requieran la provisión de cargos.

La Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre la garantía al derecho de participación de todas aquellas personas que se postulan para concursar por mérito la titularidad de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la administración pública, mediante sentencia² de unificación se consideró lo siguiente al respecto: *“No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.”*

Esa misma posición se reiteró en la Sentencia SU- 1140 de 2000³ *“La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”*

De tal manera, el concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del

aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

De acuerdo con lo anterior, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que se encuentra en el primer puesto de la lista de elegibles adquiere el derecho a ocupar el cargo para que una vez superado el periodo de prueba por seis (6) meses sea inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Ahora bien, respecto al acto administrativo con razones de decisión que debe proferir la administración para la desvinculación de un empleado provisional el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015⁴ dispuso:

“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”

Según pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional⁵, consideró que para los funcionarios nombrados en provisionalidad 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).

Es así que, los empleados provisionales cuentan con cierto grado de protección, y solo podrán ser removidos del cargo en el que se encuentran nombrados, entre otros, por designación de quien por concurso gana la titularidad del empleo.

En ese sentido, 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.⁶

Por consiguiente, y dada 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 efectuó 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, por su parte el Decreto 1083 de 2015 en el párrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 dispuso lo siguiente en lo referente al orden para la provisión de empleos de carrera:

“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:

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”. (Negrilla y Subraya fuera de texto)*

Bajo ese entendido, una vez se conozca la lista de elegibles de los que han superado el concurso de méritos con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, y el cargo del empleado nombrado en provisionalidad tenga que ser provisto definitivamente, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirarlo del servicio, se tendrá que tener en cuenta el orden de protección, situándose en el primero y segundo numeral la condición que expone encontrarse.

Es pertinente advertir que, una vez revisadas las normas atinentes al tema objeto de consulta, se establecen los casos específicos en que opera la figura de retención social, sin regularse frente a éste último el de ser desplazado por la violencia.

De acuerdo a lo preceptuado en la Ley 790 de 2002 *“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,”* señala lo siguiente sobre la figura de retención social dentro de la Administración Pública:

“ARTÍCULO 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

Es por esto que, en el marco del programa de renovación de la administración pública, prohíbe retirar del servicio a las mujeres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores y las personas que estén en calidad de prepensionados, por cumplir con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación.

Sin embargo, es pertinente advertir que esta figura de retención social está supeditada en su aplicación en aquellos casos en donde una vez se conozca la lista de elegibles de los que han superado el concurso de méritos la lista cuente con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, si no fuere así, la empleada nombrada en provisionalidad mujer cabeza de familia tendrá que declararse insubsistente en razón al derecho fundamental que asiste a la persona que ganó la titularidad del empleo por mérito.

Frente a la procedibilidad de que dicha declaratoria de insubsistencia sea procedente en virtud de la Emergencia Sanitaria que se presenta, es pertinente abordar el Decreto 491 de 2020⁷ que dispuso lo siguiente frente al aplazamiento de los procesos de selección en curso:

“ARTÍCULO 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.”

Así mismo, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Circular 4970 de 2020⁸ dispuso lo siguiente con respecto a la suspensión de términos y cronogramas adelantados en los procesos de selección, a saber:

“ARTÍCULO PRIMERO. - Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020.

PARAGRAFO: Quedarán excluidos de suspensión del trámite los traslados por razones de seguridad de educadores oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación de que trata el Decreto 1075 de 2015, por tratarse de una medida de protección ante una condición de amenaza o desplazamiento."

De la normativa expuesta, se colige que siempre permanezca la emergencia sanitaria se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial, constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o aplicación de pruebas, incluidos aquellos procesos atinente a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020.

No obstante, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Gobierno Nacional en el marco de la permanencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el país.

Para aquellos casos en donde el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de las tecnologías de información y comunicaciones. Durante la permanencia de la emergencia sanitaria estos servidores estarán en etapa de inducción y su respectivo periodo de prueba iniciará una vez se supere dicha emergencia.

Quiere decir que, de acuerdo al Decreto 491 de 2020 los procesos de selección que ya cuenten con lista de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y posesiones en los términos y condiciones señalados en la normativa, por esto, es procedente que dentro de una entidad se realicen los nombramientos de las personas que ganaron la titularidad de sus empleos así se encuentre la declaratoria de emergencia sanitaria en el país.

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: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*
2. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, 17 de febrero de 1999, Sentencia T-089/99, [MP Jose Gregorio Hernandez Galindo]
3. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, 30 de agosto de 2000, Sentencia C-1140/00, [MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo]
4. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública
5. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 17 de enero de 2008, Sentencia T-007/08, [MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]
6. *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*
7. *“Por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID-19”*
8. ARTÍCULO 2.2.5.1.7 y ARTÍCULO 2.2.5.1.8 del Decreto 1083 de 2015.

Fecha y hora de creación: 2021-10-15 17:35:29