Función Pública

Concepto 163921 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000163921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000163921

Fecha: 06/11/2014 02:29:34 p.m.

Bogotá D. C.,

REF.: VARIOS. Observaciones al Proyecto de Ley No. 89 de 2014 Senado "Por medio de la cual se reconoce la protección especial de estabilidad reforzada laboral a servidores del Estado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa". Rad. 2014206018662-2 del 5 de noviembre de 2014

En atención a la solicitud de la Dirección de Asuntos Políticos de la Presidencia de la República, en el sentido de conceptuar sobre la viabilidad del proyecto de ley de la referencia, se considera lo siguiente:

Revisado el contenido del articulado propuesto se encuentra plena coincidencia con el texto del Proyecto de ley No. 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, por la cual se implementa el Retén Social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones, el cual fue objeto de estudio por parte de Corte Constitucional, a través de la sentencia C-640 de 2012.

En el artículo 1° la adición del P.L. 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, se adiciona un artículo a la Ley 909 de 2004 con el fin de establecer una medida de protección para los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. La protección consistía en que no podrían ser separados de su cargo los servidores que, a la entrada en vigencia de la ley, se encontraran en alguna de las siguientes circunstancias: a) ser Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica; b) estar en condición de cualquier tipo de discapacidad; c) sufrir enfermedad que implique tratamiento continuo o de tipo terminal, mantendrán su vinculación laboral hasta la culminación del tratamiento respectivo o la muerte; d) estar próximo a pensionarse, esto es, que le falten tres años o menos para acceder al derecho a la pensión; y e) encontrarse laborando en zonas de difícil acceso y/o en situación crítica de inseguridad.

El Gobierno Nacional objetó el citado Proyecto por considerar que el mismo vulneraba el derecho constitucional a la igualdad al otorgar *"un privilegio determinado a ciertos aspirantes"*, desconociendo el mérito y calidades de los aspirantes, como criterios objetivos para poder determinar quiénes se encuentran en mejores condiciones para acceder al servicio público, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución.

Por su parte, el Congreso de la República, rechazó las objeciones del Gobierno Nacional e insistió en su trámite al considerar que la disposición objetada no contradecía las disposiciones constitucionales, en la medida en que no establecía un ingreso automático a la carrera administrativa, sino que se limitan a proteger a personas que por sus condiciones económicas y laborales, se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, requiriendo un tratamiento especial en cumplimiento del inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional al estudiar de fondo el Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, encontró fundadas las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional al considerar lo siguiente:

"6.2. Las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional son fundadas

(…)

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio será superado cuando: *i)* la restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; *ii)* constituya un medio idóneo para alcanzarlo; *iii)* sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; *iv)* exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad. [85]

"(…)"

Dado que las normas objetadas introducen un privilegio a favor de ciertas personas que se encuentran en condiciones de debilidad, el juicio de proporcionalidad que debe aplicarse en el presente caso es el estricto. Corresponde así a la Corte verificar que el fin buscado por la medida sea no sólo legítimo e importante, sino también imperioso; que el medio escogido sea adecuado y efectivamente conducente; y que la relación entre el medio empleado y la finalidad buscada sea necesaria, o sea, que el medio no pueda ser remplazado por uno alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y derechos constitucionales afectados por la misma.

"(…)"

La medida de protección consiste en que el retiro de tales empleados solo podrá efectuarse por las razones especiales fijadas por el Legislador para cada régimen de carrera, lo que implica que se garantiza su permanencia en el cargo en las mismas condiciones de los empleados que pertenecen a la carrera administrativa.

"(…)" la norma pretende un fin legítimo, importante y constitucionalmente imperioso, en tanto reconoce los derechos de las personas que se encuentran en estado de especial debilidad, previendo para ellas una protección especial, en desarrollo de los artículos 2, 13 y 53 de la Constitución que habilitan al Estado para tomar medidas de diferenciación positiva o acciones afirmativas[90] a favor de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, con el fin de eliminar o reducir las posibles desigualdades que los afectan en el campo social, cultural, laboral o económico o inclusive a lograr que tengan una mayor representación.

El medio escogido está constitucionalmente prohibido y no es necesario

"(…)"

El medio empleado en el presente caso, que consiste en permitir la permanencia indefinida de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, gozando de los privilegios y estabilidad que ella conlleva, está constitucionalmente prohibido. A la luz de los principios y valores que orientan nuestro ordenamiento constitucional no es posible conceder permanencia y estabilidad de manera indefinida en cargos de carrera administrativa a personas que no han accedido a ellos en virtud del mérito, debidamente acreditado a través de un concurso público.

El mérito es el mecanismo ideado para suprimir los factores subjetivos en la designación de servidores públicos, de manera que constituye el fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, de conformidad con la Constitución y los desarrollos jurisprudenciales de esta Corporación, ya citados.

En este mismo orden de ideas, se advierte que la medida desconoce la transitoriedad que caracteriza a los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, al permitir a los sujetos que se encuentran en las condiciones previstas en la norma, la permanencia en el mismo por tiempo indefinido, lo cual daría lugar no solo a la vulneración de la carrera administrativa sino también al principio de igualdad de oportunidades.

La Sala observa, además, que no todos los sujetos beneficiarios del trato diferencial que el artículo prevé se encuentran bajo los mismos supuestos que implican un tratamiento igual.

"(…)"

Por otra parte, debe la Sala señalar que el medio escogido no cumple con el requisito de necesidad por dos razones esenciales. La primera, es que las personas que se encuentran en las condiciones previstas en la norma objetada, a saber, ser madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, estar próximo a pensionarse, y encontrarse laborando en zonas de difícil acceso y/o en situación crítica de inseguridad, pueden concursar para ocupar de manera definitiva un cargo de carrera administrativa. Cualquier servidor público, incluidos los nombrados en provisionalidad, tienen plena libertad de presentarse en los concursos de méritos que se adelanten, en los que además tendrán la oportunidad de hacer valer los conocimientos y experiencia adquiridos en el ejercicio del cargo, a través de las distintas pruebas y entrevistas que se programen para determinar su idoneidad.

La segunda razón, tiene que ver con que los servidores que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, detentan un fuero de estabilidad intermedia o relativa, de acuerdo con el cual, "gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados." De manera que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya ganado el respectivo concurso público de méritos, o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. [92]

(…)

En este orden de ideas, la Sala debe reiterar que los nombramientos en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho.

Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se 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, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial. [94]

No es posible entonces, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, crear un privilegio que le permite a los empleados públicos nombrados en provisionalidad permanecer en sus empleos de manera indefinida, disfrutando de las prerrogativas de los funcionarios de carrera que no le son reconocidas a otros empleados y ciudadanos que aspiran a vincularse con la administración pública. Mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozan indefinidamente de

estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito.

Así, entiende la Corte que se vulnera la Constitución cuando, sin justificación razonable, se establece un privilegio a favor de ciertas personas consistente en eximirlas del cumplimiento de requisitos que le son exigidos a otros, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera, y reunir ciertas características, que no les impide por sí mismas acceder a la carrera por concurso público.

No resulta factible, que los funcionarios nombrados en provisionalidad, por encontrarse en alguna de las circunstancias de debilidad que la norma objetada prevé ingresen de manera automática a la carrera administrativa, y por ende, gocen de los mismos beneficios y grado de estabilidad que la ley otorga a quienes han superado con éxito el respectivo concurso de méritos. (…)"

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional encontró fundadas las objeciones de constitucionalidad planteadas por el Gobierno Nacional frente a un proyecto de ley que buscaba un finalidad igual a la planteada en el P.L. 89 de 2014 Senado "Por medio de la cual se reconoce la protección especial de estabilidad reforzada laboral a servidores del Estado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa", se considera que el proyecto en estudio vulnera los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución Política, en tanto no es procedente establecer a favor de los empleados provisionales, independientemente de su condición, privilegios o ventajas, toda vez que deben participar en igualdad de condiciones con todos los ciudadanos que cumplan con requisitos para aspirar u ocupar un cargo público.

En los anteriores términos este Departamento rinde su concepto frente al proyecto de ley propuesto. Quedamos atentos para asesorar en los temas que se consideren pertinentes.

Cordialmente,

LILIANA CABALLERO DURÁN

Directora

Mónica Herrera/Claudia Patricia Hernández León

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:33:11