



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 017731

Fecha: 20/01/2021

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales en situación de discapacidad o enfermedad catastrófica. ¿Prevalece su reubicación en alguna de las vacantes definitivas ofertadas en concurso de méritos sobre los derechos que ostentan quienes ocupan la lista de elegibles, resultado de dicho concurso? **RAD. 20202060609832** del 18 de diciembre de 2020.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual manifiesta textualmente lo siguiente:

“En la actualidad existen 4 vacantes definitivas y 1 vacancia temporal, para el cargo de Agente de Tránsito Código 340, Grado 01, las cuales surgieron con posterioridad al reporte de las vacancias realizado dentro del proceso de selección No. 491-2017.”

CASO No. 1: El señor YESITH GARCIA ALVAREZ, se encontraba como funcionario provisional y fue desvinculado de la planta de personal, el día 30 de noviembre de 2020, toda vez que el día 01 de diciembre de 2020, tomó posesión del empleo uno de los elegibles que había solicitado prórroga para posesionarse como de Agente de Tránsito, Código 340, Grado 01.

Al señor YESITH GARCIA ALVAREZ, le fue diagnosticado una enfermedad llamada linfoma de no HODGKIN con esclerosis nodular.

CASO No. 2: El señor ALIRIO AMADOR SUAN, se encuentra como funcionario provisional hasta la fecha en la que tome posesión la elegible que solicitó prórroga para tomar posesión del empleo como Agente de Tránsito, Código 340, Grado 01.

Al señor ALIRIO AMADOR SUAN, le fue diagnosticado VIH. PREGUNTA: Los señores YESITH GARCIA ALVAREZ y ALIRIO AMADOR SUAN, deben ser reubicados en una de las vacancias definitivas y/o temporales que existen en la planta de personal de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, con ocasión a las enfermedades diagnosticadas o sobre dichas vacantes tienen prelación los elegibles que se encuentran en la lista correspondiente a la OPEC 65630.

Aunado a lo anterior, me permito indicar que, respecto de las vacancias definitivas, algunos de elegibles que se encuentran en lista después de los 40 que fueron nombrados en periodo de prueba, ya presentaron solicitud de nombramiento en dichas vacantes.”

Al respecto, es necesario indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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.

No obstante, en relación con la desvinculación de provisionales en situaciones especiales (como una discapacidad o enfermedad catastrófica) para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos, me permito informarle que esta Dirección Jurídica ya ha absuelto interrogantes similares a los planteados en su consulta, razón por la que, le remito, para su conocimiento, copia del concepto marco número 9 en el que se concluyó lo siguiente:

“1. 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.

2. La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.

3. Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes.

4. La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

6. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

7. Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto 1083 de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

8. Por tanto, 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:

Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

9. Un tratamiento diferente debe darse en el caso de la empleada provisional embarazada, es procedente su retiro motivado, y para el caso que nos ocupar debe fundarse en provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos. En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en la Sentencia SU-070 de 2013, se debe indicar con fundamento en la misma, que a partir de que surta efectos la terminación del nombramiento de la empleada vinculada con carácter provisional, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad”.

Ahora bien, se tiene que de acuerdo al artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores en condiciones especiales, es decir madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo 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 señaló que: “(...) **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." (Negrita y subrayado fuera de texto)

En ese sentido, y atendiendo puntualmente a su consulta se concluye que no es procedente la reubicación de los empleados que se encuentran nombrados en provisionalidad en una condición especial por ser diagnosticados con una enfermedad o discapacidad, por cuanto la naturaleza de su empleo genera una estabilidad relativa que debe ceder ante los derechos de mérito de quién superó un proceso de selección y se encuentra en lista de elegibles.

No obstante, la Entidad, en cumplimiento de la jurisprudencia en cita, deberá proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar los derechos de las personas en situación especial de indefensión para lo que deberá, en la medida de sus posibilidades, aplicar las acciones afirmativas necesarias que garanticen el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: María Camila Bonilla

Aprobó: Armando López C.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.