



No. de radicación: **M-2021-1400-018563**

Fecha radicación: 2021-06-15 01:32:06 PM

MEMORANDO

PARA: Edward Kenneth Fuentes Pérez
Subdirector Técnico
Subdirección de Talento Humano

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto jurídico sobre la convocatoria a concurso de méritos para proveer empleos de la planta global de Prosperidad Social desempeñados por personal vinculado en provisionalidad en cumplimiento a sentencia judicial

En atención a la consulta realizada por la Subdirección de Talento Humano mediante el memorando No. M-2021-2400-017776 de fecha 4 de junio de 2021, referido a *"...la viabilidad de convocar a concurso los empleos desempeñados actualmente con personal vinculado en provisionalidad por orden judicial, por efectos de la anterior Convocatoria No. 320 de 2014 -DPS..."*, de manera atenta se conceptúa en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES.

1.1 En el año 2014 Prosperidad Social convocó a concurso de méritos 994 cargos de carrera administrativa a través de la Convocatoria No. 320 de 2014 -DPS.

1.2 Durante el proceso de vinculación de los elegibles que ganaron el concurso de méritos, se dieron por terminados los nombramientos provisionales de algunos servidores públicos vinculados en provisionalidad en dichos empleos, a fin de nombrar y posesionar a los funcionarios que ganaron el concurso de méritos.

1.3 Como quiera que algunos funcionarios vinculados en provisionalidad que fueron desvinculados demandaron a la Entidad a fin de obtener su reintegro, con fundamento en que presentaban alguna condición especial como prepensionados, discapacidad o enfermedad catastrófica, los despachos judiciales expedieron sentencias en las cuales ampararon los derechos fundamentales de dichos servidores públicos, ordenando su reintegro en empleos iguales o equivalentes, mientras continúan en situación de debilidad manifiesta.

1.4 Durante la reunión de planeación del concurso de méritos del año 2021 con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), se informó a la entidad que independientemente la situación de los provisionales, todos los empleos deben ser convocados a concurso de méritos.





II. PROBLEMA JURÍDICO

La Subdirección de Talento Humano formula el siguiente interrogante:

¿Es viable convocar a concurso de méritos para proveer los cargos que actualmente son desempeñados por servidores públicos en provisionalidad en acatamiento a un fallo judicial que ordenó su vinculación en empleos equivalentes, mientras persistan las condiciones que dieron origen a su protección especial?

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

1. Concepto de carrera administrativa en la Constitución Política y su desarrollo legal y jurisprudencial

La Constitución Política establece en su artículo 125 que “... 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. (...)”

De ahí que la carrera administrativa en Colombia está constitucionalizada y desarrollada por la normativa legal posterior, que pasa a explicarse a continuación.

El Congreso de la República promulgó la Ley 27 de 1992, contentiva de normas sobre la administración de personal al servicio del Estado y, con ello, desarrolló el artículo 125 de la Constitución.

Esta Ley reiteró la filosofía de la Constitución sobre la primacía de la carrera administrativa e hizo extensivas a los empleados públicos de las entidades territoriales las normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional, a los empleados con sistemas específicos de administración de personal, al igual que a los de las carreras especiales de la Contraloría y la Procuraduría, a quienes se les aplicaría transitoriamente esta ley.



La carrera administrativa supone entonces el desarrollo profesional del servidor público, que entraña un proceso de selección y formación previa al ingreso; un desempeño ascendente a través de una escala regida por el principio de mérito; un proceso de formación continua y un minucioso programa de entrenamiento práctico, procesos y modalidades diferentes dependiendo de la organización a la que ingresa.

La Entidad que cumple la función de hacer vigilancia y control al sistema de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), acorde con lo señalado en el artículo 130 de la Constitución Política.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha expresado:

“...51. Como lo ha dicho esta Corporación en reiterada jurisprudencia, como en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 19 de agosto de 2016, radicado 2016-00128-00 (2307) con ponencia del doctor Germán Alberto Bula Escobar; la Constitución de 1991 le dio al concurso público de méritos el carácter de ser el mecanismo principal y preferente para la vinculación al Estado de los Servidores públicos, y asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil las funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, cuando al tenor del artículo 130 dispuso: “Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los Servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

52. En efecto, el Constituyente creó un órgano autónomo e independiente encargado de la función concreta y específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera, con el fin de que “el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia”. De manera que, el artículo 130 superior se encamina a “asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos”.

53. La Corte Constitucional ha sido especialmente insistente en afirmar y prevenir que el propósito de la implementación de un sistema de carrera por concurso de méritos y de asignarle su administración y vigilancia a un órgano distinto al de las entidades públicas que se beneficiarían de dicha provisión de cargos, radica en “aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo) materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores”

(...)

59. En síntesis, la CNSC en relación con la convocatoria de los concursos públicos de méritos tiene de manera precisa y privativa las siguientes atribuciones: (i) fijar los lineamientos generales con los que se desarrollarán los procesos de selección; (ii) acreditar





a las entidades que podrán realizar procesos de selección; (iii) elaborar las convocatorias a concurso; (iv) realizar y adelantar los procesos de selección para el ingreso al empleo público, y (v) determinar los costos de los concurso ^[1]...” (Negrita fuera de texto)

Conforme con lo anterior, el artículo 7° de la Ley 909 de 2004 establece que la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras; a su vez establece que es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público de carácter permanente, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Adicionalmente, dentro de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), establecidas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, está la de “Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento”.

Bajo estos parámetros, el artículo 3° del Decreto 4500 de diciembre 2005 ^[2], dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), mediante acto administrativo definirá el contenido de las convocatorias para cada fase del proceso de selección y en el artículo 4° de la misma normativa, se especificó que podrán inscribirse a los concursos los ciudadanos que cumplan con los requisitos establecidos en la convocatoria.

De conformidad con lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa y para adelantar los procesos de selección de conformidad con la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) que convoque a concurso público de méritos el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

De otra parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-285/15 estableció los elementos que integran la carrera administrativa, así:

“...El artículo 125 de la Constitución señala los elementos estructurales del sistema de carrera, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; (iv) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (v) el retiro del servicio se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y por la demás causales previstas en la Constitución y la ley; y (vi) en ningún caso la filiación política podrá determinar el nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción...”

Hay prácticamente una sentencia en el artículo 125 de la Constitución: “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”. (Subrayado y negrita fuera de texto)





En consecuencia, la consagración del mecanismo de selección de los servidores públicos por carrera administrativa es de rango constitucional, cuenta con un organismo propio -también de naturaleza constitucional- que vela por su garantía, lo cual significa que el empleo público es de naturaleza Superior.

2. Concepto de empleo y servidor público, elementos y clasificación

La referencia constitucional al **empleo público** se encuentra en el artículo 122 superior, al disponer que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

El artículo 125 de la Carta Política dispone que 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.

Como se observa, el constituyente definió unas características del empleo, mientras el legislador, definió el empleo público como *“...el núcleo básico de la estructura de la función pública, considerando que corresponde al conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”*^[3].

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 770 de 2005, define el empleo como *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”*

Además, consagra la norma que las competencias laborales, las funciones y los requisitos específicos serán fijados por los respectivos organismos o entidades, atendiendo a los establecidos por el Gobierno Nacional, en los términos del artículo quinto del mencionado decreto, con excepción de los empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en la ley.

Los **elementos que componen la estructura del empleo público** vienen definidos en el Título III, artículo 19 de la Ley 909 de 2004, incluyendo la descripción de funciones, el perfil de competencias laborales y requisitos esenciales para su desempeño y la duración del empleo.





Adicional a los elementos expuestos no sobra incorporar otros esenciales como su finalidad, relacionada con el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado; el estar diseñado para ser desempeñado por una persona natural, es decir que no pueden ser ocupados por personas jurídicas o por particulares; el otorgar autoridad a su titular; el tener una duración y el constituirse en el núcleo básico de la estructura de la función pública.

De otra parte, en el orden nacional la norma que regulan la nomenclatura y la clasificación en el empleo público es el Decreto 2489 de 2006, mientras que en el orden territorial es el Decreto 785 de 2005.

Ahora bien, los **servidores públicos** son todos aquellos que ejercen funciones públicas; quienes están vinculados al Estado para el cumplimiento de funciones estatales y los particulares investidos de la autoridad del Estado para desempeñar funciones públicas de manera transitoria en los casos previstos por la ley (C.P., arts. 118, 123, 210 y 267). Este concepto amplio, consagrado en el artículo 123 constitucional, incluye entonces a todas las personas que acceden al ejercicio de funciones públicas y cumplen tareas estatales.

El servidor público es aquél que independientemente de su denominación, ya sea funcionario o servidor civil, está normado por un régimen de función pública bajo una ley específica de derecho público o mediante disposiciones equivalentes, y asumen actividades enmarcadas en los intereses primordiales del Estado.

Por expresa disposición constitucional, 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.

En la Carta de 1991 se establece como regla general aplicable para el servicio público, la obligatoriedad de la carrera administrativa para los empleados públicos y el nombramiento por concurso público de la mayor parte de estos.

Son funcionarios, por lo tanto, los agentes públicos que gozan del régimen particular de la función pública. Los elementos que le caracterizan están constituidos por la ocupación de un cargo permanente en la administración pública y por la titularización, un acto que le confiere la calidad de funcionario y que lo integra a la jerarquía administrativa.

La noción de servidor público que la Constitución emplea en diferentes normas (Arts. 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129), sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica subordinación laboral.





Así pues, dentro del género servidor público se comprenden, según la Constitución, diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

La **Función pública**, por su parte, es la expresión que desde el punto de vista jurídico ha servido para identificar esta faceta de la Administración relacionada con la gestión del talento humano, vale decir, de las personas que bajo diversas modalidades, se encuentran vinculadas al Estado.

En la Constitución de 1991 se advierte que esta expresión ha adquirido rango constitucional, puesto que una vez se ha definido la estructura del Estado, incorpora un capítulo especial, dentro del mismo título, para hacer referencia a esta materia.

Además, la regla general para el ingreso al servicio de los empleados públicos es el concurso, y su régimen de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa (art. 125).

En las recientes disposiciones legales, el legislador acudió también a otro criterio para clasificar los empleos y es en consideración a la **permanencia** del cargo en la respectiva planta de personal.

En el Concepto Marco 07 de 2017 del DAFP, se señala la clasificación de los empleos al interior del Estado:

“...El personal al servicio del Estado se clasifica en miembro de corporación pública, empleado público, trabajador oficial o trabajador que se rige por las normas del derecho privado, dependiendo de su vinculación se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro, así:

1.1. Empleados públicos

Son los servidores cuya vinculación se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión. Su relación laboral se encuentra establecida por la ley o por reglamentos. Los requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración y prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentran determinados en el manual de funciones o en la ley.

El empleado público puede ser de varios tipos:





De carrera administrativa. Esta es la regla general y la provisión definitiva de estos empleos se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; de manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.

De libre nombramiento y remoción, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

De periodo fijo, los clasificados en la Constitución o en la ley con esta naturaleza, como son el Personero, el Contralor, el Director de Empresa Social del Estado.

Temporales. Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.

(...)

1.5. Supernumerarios

Son auxiliares de la Administración vinculados a ella de manera temporal únicamente en casos de vacancia temporal de los empleados públicos como consecuencia de las licencias o vacaciones. Cabe anotar que estos colaboradores no pertenecen a las plantas de personal permanentes.

Por lo anterior, para efectuar la vinculación de una persona como supernumerario, se requiere que la misma reúna los mismos requisitos que se exigen para proveer un empleo de la planta permanente y que la entidad cuente con el rubro especial de supernumerarios en el presupuesto.

En atención a este criterio, el principio general es que los empleos sean de carácter indefinido, aunque se establece también que excepcionalmente, pueden existir empleos de carácter temporal ^[4]...”

Así entonces, de acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades podrán contemplar excepcionalmente en sus **plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio**, pero su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:





1. Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
2. Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
3. Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
4. Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas, ni derechos de carrera. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento.

Como se observa, la definición, elementos y estructura y clasificación del empleo público se encuentran claramente establecidos en la Constitución y en la Ley, definiendo que por regla general los empleos al interior del Estado deben ser de carrera administrativa y por excepción podrán ser temporales y/o provisionales.

3. Etapas del concurso público

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política y el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el ingreso a los cargos de carrera administrativa se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Con este objetivo, la convocatoria pública deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), el Jefe de la Entidad u organismo, y será norma reguladora de todo el concurso, obligando tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

El artículo 31 de la Ley 909 de 2004, estipula las etapas del proceso de selección por convocatoria o concurso público, así:





“ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del





desempeño laboral.

En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

PARÁGRAFO. *En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.”*

Con los resultados de las pruebas que realice la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella, se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta lista y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

El Decreto 1083 de 2015, frente a la lista de elegibles para los empleos de carrera que han sido objeto del concurso, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.6.21 Envío de lista de elegibles en firme. *En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.”*

La Corte Constitucional, mediante Sentencia de Unificación SU- 446/2011, con respecto a la **naturaleza jurídica de la convocatoria pública** señaló lo siguiente:

“(…) “3.4. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.”





(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular ^[5].” (Subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, como se ha venido explicando, una vez publicada la convocatoria, admitidos los participantes y practicadas las pruebas enunciadas en la convocatoria, deberán desarrollarse con estricta sujeción a las condiciones establecidas en la misma, de lo contrario, indica la Corte, se transgredirían principios como el de la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes.

Por lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios de mérito y constituye uno de los ejes definitivos de la Constitución Política de 1991, respecto al principio de acceso a los cargos públicos, de igualdad, de estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Carta Política.

4. Estabilidad reforzada de los servidores públicos vinculados en provisionalidad

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos que exista una justa causa para su desvinculación o despido.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el “**derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada**”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En palabras de la Corte, “...el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz ^[6]...”





Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

“...Una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales ^[7] ...”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este sentido, la Corte ha establecido las situaciones en que se hallan inmersos los servidores públicos que se configuran en situación de debilidad manifiesta, así:

“...Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones” a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez ^[8] ...”

En la misma providencia, la Corte aclara cómo debe entenderse la situación de debilidad manifiesta por pérdida de la capacidad laboral en razón a enfermedad o discapacidad:

“...En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que: “(...) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’”

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral





reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando ^[9] ...”

Señala la Corte que:

“...En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada.

En esta medida, la Corte ha manifestado que: **“...La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez [34]”**

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos [10] ...”. (Subrayado y negrita fuera de texto)

En ese mismo sentido, el alto Tribunal constitucional, en Sentencia SU-446 de 2011, precisó que:

“...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”.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en





provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. **En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando** ^[11] ...” (Subrayado y negrita fuera de texto)

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, **sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante**”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público ^[12] .

No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales ^[13] ...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En cuanto a la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores públicos en carrera administrativa y en provisionalidad, la Corte Constitucional en la Sentencia T-464-19 estableció lo siguiente:

“...1. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos

(...)





El propósito de esta norma constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad [28]. Por este motivo, la Corte ha reiterado **que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa**, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro [29].

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley.

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad ^[14].” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Se concluye entonces que al existir marcadas diferencias entre los cargos desempeñados en provisionalidad con los de carrera, se debe preferir el acceso al empleo por parte de los que ganaron el concurso de méritos sobre los que se desempeñan en ellos en provisionalidad, aún si se trata de personas con algún tipo de estabilidad laboral; empero, la administración debe procurar para ellas, medidas afirmativas que las protejan tales como ser los últimos en removerse y, en la medida de las posibilidades, vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.

5. Naturaleza jurídica de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable





En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de tutela la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“...La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional, orientado a la defensa judicial de los derechos fundamentales, que resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso, en algunos eventos específicos, de los particulares.

Su utilización es excepcional y su interposición solo es jurídicamente viable cuando, examinado todo el sistema de acciones judiciales para la protección de los derechos fundamentales, no se encuentre un medio ordinario eficaz para su protección y por tanto, no haya mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación importante e irreversible de las garantías constitucionales.

Un medio de defensa eficaz debe tener la vocación para concurrir a la protección oportuna y efectiva de los bienes jurídicos comprometidos, sobre los cuales debe verificarse una amenaza grave e inminente, que amerite la intervención urgente del juez de tutela en aras de su protección.

Cabe recordar que es en virtud de dicha inminencia y del nivel de riesgo que representa para los derechos fundamentales, que se prevé para el trámite de la acción de tutela, un proceso sumario y preferente que permita cumplir los objetivos formulados por el constituyente primario. La inminencia y la intensidad de la amenaza sobre los derechos fundamentales le dan sentido a la acción de tutela y son la base de todas sus particularidades y potencialidades entre las que se encuentra la impostergabilidad, que la distingue de los demás medios de defensa judicial.

Una situación en la que no se registre la urgencia de la intervención judicial referida ha de ventilarse a través de los medios ordinarios de protección, sin que puedan ser desplazados por la acción de tutela, ni el juez natural sustituido por el constitucional ^[15]...” (Negrita y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto al principio de cosa juzgada constitucional en sede de tutela, la Corte ha dicho que: **“...La cosa juzgada se configura cuando existe la triple identidad mencionada, es decir, de partes, hechos y pretensiones, sin que se evidencie la configuración del elemento subjetivo que es la intención de buscar engañar a las autoridades judiciales y abusar del ejercicio de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que un fallo de tutela hace tránsito a cosa juzgada, en el evento en que esta Corporación se pronuncia sobre una determinada acción de tutela ya sea mediante fallo o a través del auto de selección que notifica la no selección de la misma. Lo anterior, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política de Colombia. La figura de cosa juzgada constitucional prohíbe “(...) que se profiera un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto, pues ello desconocería la seguridad jurídica que brinda este principio de cierre del sistema jurídico ^[16]...”**

Por lo tanto, cuando alguno de los elementos que constituye la cosa juzgada constitucional esté ausente, esto es,





identidad de partes, de hechos o de pretensiones no podrá invocarse su aplicación, como quiera que no se cumple con los presupuestos jurisprudenciales para su configuración.

6. Del caso concreto

La Subdirección de Talento Humano pregunta si es viable convocar a concurso de méritos para proveer los cargos que actualmente son desempeñados por servidores públicos en provisionalidad en acatamiento a un fallo judicial anterior que ordenó su vinculación en empleos equivalentes, mientras persistan las condiciones que dieron origen a su protección especial, sobre lo cual se debe señalar que, de acuerdo con los antecedentes constitucionales y legales, todo concurso o convocatoria pública que se publique para proveer cargos de carrera administrativa deberá ser pública y abierta a fin de garantizar la realización de los postulados constitucionales de igualdad de trato y del mérito para acceder a la función pública a fin de garantizar que los principios constitucionales de igualdad y transparencia.

Por tanto, esta Oficina Asesora Jurídica considera que es procedente convocar a concurso de méritos **todos** los empleos que se hallen vacantes al momento de publicar la convocatoria, incluso los que se hallen ocupados por personal vinculado en provisionalidad con situación de debilidad manifiesta reconocida mediante fallo judicial, toda vez que dichos empleados gozan de estabilidad laboral relativa la cual cede ante los derechos de los elegibles que superen todas las etapas del concurso, lo que constituye una causal objetiva para su desvinculación.

Ello es así, toda vez que los fallos de tutela que se profirieron en vigencia de la Convocatoria No. 320-2014DPS no hacen tránsito a cosa juzgada constitucional ante una nueva convocatoria, en la que varían las circunstancias iniciales que dieron lugar a la presentación de las acciones de tutela en su momento.

Del trazo jurisprudencial se puede concluir que se hace necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira del servicio público a los empleados en provisionalidad porque lo contrario significaría la vulneración de derechos fundamentales tales como el debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho al acceso a la administración de justicia, los principios de estabilidad laboral, legalidad, publicidad, transparencia y principio democrático.

Se puede observar cómo la Corte Constitucional, realizando una interpretación sistemática y teleológica garantiza derechos fundamentales como el debido proceso al exigir la motivación de los actos administrativos para el retiro de empleados públicos en provisionalidad; pues está íntimamente conectada con derechos y principios fundamentales de carácter Constitucional.

Por ello, la entidad al momento de realizar la desvinculación del personal vinculado en provisionalidad deberá





tener en cuenta las reglas constitucionales referidas con anterioridad, a fin de garantizar los derechos de dichos sujetos de especial protección constitucional.

Se establece además que, si en la Entidad se realiza un concurso de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, la misma está obligada a respetar todas y cada una de las reglas previamente establecidas en la convocatoria, así mismo, si los servidores públicos demandan por considerar vulnerados sus derechos laborales, la Entidad y la CNSC o la entidad que realice la convocatoria, deberá notificar a los elegibles interesados a fin de garantizar su derecho de contradicción y de defensa.

Sin perjuicio de lo anterior y en la medida de lo posible, se recomienda adoptar acciones afirmativas a favor de las personas que se encuentren en situación de especial protección constitucional que desempeñen cargos en provisionalidad y deban ser retirados para proveerlos con los ganadores de los concursos, tales como ser los últimos en removerse, vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.

IV. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo desarrollado a lo largo del presente concepto, la pregunta al problema jurídico planteado consistente en determinar si es viable convocar a concurso de méritos para proveer los cargos que actualmente son desempeñados por servidores públicos en provisionalidad en acatamiento a un fallo judicial que ordenó su vinculación en empleos equivalentes, mientras persistan las condiciones que dieron origen a su protección especial, es afirmativa en la medida que dichos empleados gozan de estabilidad laboral relativa la cual cede ante los derechos de los elegibles que superen todas las etapas del concurso, lo que constituye una causal objetiva para su desvinculación y porque, adicionalmente, los fallos de tutela que se profirieron en vigencia de la Convocatoria No. 320-2014DPS no hacen tránsito a cosa juzgada constitucional ante una nueva convocatoria, en la que varían las circunstancias iniciales que dieron lugar a la presentación de las acciones de tutela en su momento.

No obstante lo anterior, en la medida de lo posible, se recomienda adoptar acciones afirmativas a favor de las personas que se encuentren en situación de especial protección constitucional que desempeñen cargos en provisionalidad y deban ser retirados para proveerlos con los ganadores de los concursos, tales como ser los últimos en removerse, vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.





Con el objetivo de implementar políticas para fomentar el aprendizaje organizativo y gestión del conocimiento, la Oficina Asesora Jurídica presenta los conceptos jurídicos expedidos en desarrollo de su función consultiva, en la intranet.

Atentamente,

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2009. Rad. 11001-03-25-000-2016-01017-00. C.P.: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

[2] “Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.”

[3] 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”. Artículo 19.

[4] Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto Marco No. 07 de 2017.

[5] Corte Constitucional. Sentencia SU-446/11. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

[6] Corte Constitucional. Sentencia T-320/16. M.P.: ALBERTO ROJAS RIOS.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-470/97. M.P.: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

[8] Corte Constitucional. Sentencia T-464/19. M.P.: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

[9] Idem.

[10] Corte Constitucional. Sentencia T-464/19. M.P.: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

[11] Corte Constitucional. Sentencia SU446/11 del 26 de mayo de 2011. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

[12] Corte Constitucional. Sentencia T-373/17 del 8 de junio de 2017. M.P.: CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

[13] Corte Constitucional. Sentencias SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

[14] Corte Constitucional. Referencia: expedientes T-2.643.464 (Acumulados). M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.





[15] Corte Constitucional. Sentencia T-533/16. M.P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

[16] Corte Constitucional. Sentencia T-089/19. M.P.: ALBERTO ROJAS RÍOS

Lucy Edrey Acevedo Meneses
Jefe de Oficina

Desea adjuntar documento: NO

Copia: Jorge Alexander Duarte Bocigas - GIT Administración del Talento Humano

Copia: Doris Esther Prieto Romero - GIT Representación Extrajudicial, Judicial y Cobro coactivo

Elaboró: Clarena Ricardo Neira

Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño