

Ciudadano
ANONIMO

Asunto: Respuesta consulta sobre situación de servidores en provisionalidad, frente al concurso adelantado a través de la Convocatoria No.429 de 2016-Antioquia Radicado No. PQR 201907040066 de 2019.

Cordial saludo,

A través del radicado de la referencia usted solicita información referente a los procesos de desvinculación de provisionales con ocasión a la Convocatoria 429 de 2016 – Antioquia.

Cordial Saludo. Me presente a la convocatoria 429 de 2019 Antioquia para un cargo nivel técnico en un municipio del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, quede en la lista de elegibles como aspirante única. Mi inquietud radica en que la persona que en este momento esta nombrada en provisionalidad en este cargo se encuentra incapacitada hace mas de 1 año. Esta situación podría retrasar mi posesión indefinidamente en el cargo.

Sea lo primero señalar que el reporte de vacantes definitivas era obligatoria para la Entidad independiente de la condición en la que se encuentre el provisional. Por otro lado, teniendo en cuenta que el mérito y la carrera han sido consideradas jurisprudencialmente como principios constitucionales¹, todas las entidades a las que se aplica la Ley 909 de 2004 deben reportar las vacantes definitivas que ostenten en sus plantas de personal, aun cuando estén siendo ocupadas por personas **próximas a pensionarse, mujeres en estado de embarazo, madre o padre cabeza de familia, personas con dictamen de discapacidad laboral o empleados amparados con fuero sindical**, ya que los derechos de estas personas, no resultan incompatibles con los concursos de méritos desarrollados por esta Comisión Nacional, y serán las normas constitucionales y las decisiones que sobre la materia expidan las autoridades judiciales, quienes decidan los procedimientos y directrices, cuando ambos derechos coincidan en un mismo momento.

En Sentencia T 326 de 2014, la Corte Constitucional explicó el fundamento real de la estabilidad laboral, enfatizando que dicha garantía de estabilidad “*no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público*”.

Respecto de la provisión de cargos con listas de elegibles producto del concurso de méritos, y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, madres y padres cabeza de familia y **prepensionados**, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-595 de 2016 se pronunció de la siguiente manera:

¹ Ver sentencia Corte Constitucional C-034/15

“Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso.

La Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos. En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público pre pensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los pre pensionados, 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”.

En este sentido, es un deber constitucional de las autoridades propender por la protección del núcleo esencial de los derechos, tanto de sus servidores públicos **sujetos de especial protección constitucional nombrados en provisionalidad**, como de aquellos aspirantes que en virtud del mérito lograron superar las etapas de la convocatoria pública para proveer definitivamente el empleo ocupado por el servidor provisional. Por esto, la administración debe actuar con un criterio razonable que permita, según las circunstancias de cada caso concreto, conservar incólumes los distintos derechos en tensión.

En lo relativo al derecho a la estabilidad relativa o intermedia de la servidora pública en estado de embarazo, por encontrarse nombrada en provisionalidad, es de señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, con fecha 29 de agosto de 2018 emitió el Concepto Marco No. 9, denominado **“DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS”²** y manifestó lo siguiente:

“(…) Un tratamiento diferente debe darse en el caso de la empleada provisional embarazada, es procedente su retiro motivado, y para el caso que nos ocupa 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

² El texto completo puede ser consultado en el siguiente enlace:
<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88299>

afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad (...)".

Bajo estas consideraciones, y en cumplimiento del principio constitucional de mérito corresponde a la entidad realizar en estricto orden los nombramientos en período de prueba de los aspirantes que integren las listas de elegibles que se conformen en el marco de la Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia, no obstante y considerando que usted integra la lista, durante la vigencia de la misma y en caso de generarse una nueva vacante la entidad en estricto orden de mérito deberá agotar las posiciones de elegibilidad.

Por último, y teniendo en cuenta que el escrito es anónimo y no reporta dirección física ni electrónica, se procederá a publicar la presente respuesta en la página Web de la CNSC, conforme al procedimiento estipulado en el artículo 14 del Acuerdo No. 560 del 28 de diciembre de 2015 de la CNSC, "*Respuesta a peticiones anónimas o sin dirección*".

Cordialmente,



VILMA ESPERANZA CASTELLANOS HERNÁNDEZ
Gerente Convocatorias

Proyectó: *Melissa Mattos*