



C I R C U L A R CSJCUC22-143

Fecha: 16 de mayo de 2022

Para: SERVIDORES JUDICIALES DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS.

De: CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CUNDINAMARCA.

Asunto: MEDIDAS AFIRMATIVAS EN CASOS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA VS. CONCURSO DE MÉRITOS.

El Consejo Seccional de la Judicatura, destaca muy buenas prácticas de los funcionarios del Distrito Judicial a la hora de decidir situaciones de estabilidad laboral frente a aspiraciones de personas que han superado el concurso de méritos, empero, también ha observado algunos vacíos e imprecisiones al afrontar estos temas de carácter administrativo, y ha recibido varias observaciones de aspirantes a ocupar cargos por mérito, por ello, recogiendo esas buenas prácticas y con apoyo en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y demás Altas Cortes, se permite hacer estas anotaciones:

1. Quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un **derecho subjetivo de ingreso al empleo público**. En efecto ello se destaca en la Sentencia T-063 de 2022, al establecer que:

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

El artículo 125 de la Constitución Política establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional, como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. Asimismo, el referido artículo dispone que: “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de 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. El retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley,” y, por último, establece que “en ningún caso, la

afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”¹

Así las cosas, según ha precisado esta Corte en anteriores oportunidades,² el objetivo de esta disposición 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 este modo, ha señalado la Corte, la carrera administrativa se convierte en 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.³ Por esta razón, este Tribunal ha reiterado 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.⁴

2. La desvinculación de un empleado en provisionalidad porque la plaza debe ser provista con la persona que ganó el concurso **no desconoce derechos** de esta clase de servidores, dicha subregla igualmente se destaca en la citada sentencia:

“(…)

*Tratándose 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.”**⁵ Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló 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.”

¹ Artículo 125 de la Constitución Política.

² Sentencias T-373 de 2017, T-464 de 2019, entre otras.

³ Sentencia T-373 de 2017, parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

⁴ Sentencia T-373 de 2017, parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

⁵ Sentencias SU-446 de 2011 y T-464 de 2019.

3. En aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un **sujeto de especial protección**, las entidades **adoptarán medidas afirmativas**, según se consigna en la referida providencia:

“(…)

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido 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, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.”⁶ En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación precisó que “la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.”

A modo de conclusión, tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que 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 pre pensionados, las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3º, y en la materialización del principio de solidaridad social -art. 95 ibídem-),⁷ relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.”

4. Las principales medidas afirmativas que se denota han empleado los nominadores en el Distrito Judicial, son: (i) Que el servidor judicial amparado por el fuero de

⁶ Sentencias T-373 de 2017, T-464 de 2019.

⁷ Sentencia T-373 de 2017.

estabilidad, sea el último en removerse, (ii) dársele la posibilidad al empleado amparado por el fuero de estabilidad de vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, (iii) establecer el derecho subjetivo de ingreso al empleo público, supeditado al vencimiento de una medida de protección temporal, (iv) condicionar la desvinculación, a la garantía de cumplimiento de presupuestos para el disfrute de licencias, protecciones o derechos. No es jurídicamente viable, so pretexto de proteger la situación laboral de la persona en condición especial, desconocer o afectar los derechos de las personas que han superado el concurso de méritos.

5. Para ampliar la gama de medidas afirmativas, se sugiere informar a este Seccional la desvinculación de personas con estabilidad laboral acreditada y reconocida, a efectos de informar a los nominadores a fin de que cuando se presenten vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando la persona con estabilidad laboral, sean considerados dichos ex empleados, al momento de proveer la vacante.

Dicha situación administrativa deberá informarse de inmediato a través del siguiente canal de comunicación: <https://forms.office.com/r/TmTKGkxagg>

Información que estará disponible para consulta de todos los nominadores.

Adicionalmente, cuando en atención a lo normado en el artículo 167 de la ley 270 de 1996, el nominador, solicite “(...) *el envío de la lista de elegibles.*”, si no existiere lista de elegibles ni traslados en trámite, este Seccional, remitirá a título informativo, el link para consultar la relación de personas con estabilidad laboral desvinculadas dentro del Distrito Judicial, para información y consideración del nominador.

6. Se recuerda que el funcionario judicial cuando procede a decidir una situación administrativa al interior de su despacho o corporación, funge como autoridad judicial, pero en ejercicio de una función administrativa, escenario donde emerge con mayor fuerza el principio de legalidad, y deberá estarse a los reglamentos para la adopción de la decisión administrativa que corresponda, absteniéndose de inaplicar los mismos, porque:

“(..)

La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes. (...) Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la

*contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. (...)*⁸

7. Conforme a las directrices impartidas por la Unidad de carrera del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la C I R C U L A R CJC22-2 "(...) *la decisión final sobre nombramiento en propiedad en cada despacho corresponde exclusivamente a la autoridad nominadora, así como también definir sobre las solicitudes de estabilidad laboral reforzada de los empleados en provisionalidad, sin que en ello intervenga el Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Administración de la Carrera Judicial o los Consejos Seccionales de la Judicatura.*"
8. En ese marco y como administradores de la carrera judicial aprovechamos la oportunidad para hacer explícito el criterio orientador en este Seccional, en el sentido que desatender las reglas jurisprudenciales recordadas, so pretexto de proteger situaciones de estabilidad laboral, aún acreditadas, comporta un quebrantamiento del deber funcional por parte del funcionario judicial, particularmente el consagrado en el artículo 167 de la ley 270 de 1996.

Atentamente,



ALVARO RESTREPO VALENCIA
Presidente

Arv/Jass

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00070-01 Actor: FAMILY COFFEE S.A. Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO