



Función Pública

Concepto 016791 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000016791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000016791

Fecha: 24/01/2021 07:31:51 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DE SERVICIO – Empleado provisional. Retiro del servicio de prepensionado. Radicado: 20219000002672 del 04 de enero de 2021.

De acuerdo con la comunicación de referencia, en la cual expone la situación de una empleada provisional en calidad de prepensionada que se encuentra nombrada en un cargo de profesional universitario el cual salió a concurso de mérito, consultando si debe concursar para el mismo y en caso de no ocupar el primer puesto en la respectiva lista de elegibles para ser la titular, puede ser declarada insubsistente, me permito indicarle lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTICULO 125. 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.

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 la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.
(Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el artículo 53 Constitucional.

La Ley 909 de 2004¹, modificada por la Ley 1960 de 2019², en cuanto a los concursos, dispone:

“ARTÍCULO 29. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

De conformidad con lo anterior los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

(...)

ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)” (Subrayado fuera de texto).

De tal manera que, es necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante nombramiento provisional que deseen acceder a un empleo público de carrera administrativa en propiedad participen en los concursos de méritos abiertos en los cuales podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, y de esa forma garantizar los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano, lo anterior da respuesta a su interrogante sobre si puede concursar para ostentar derechos de carrera administrativa en el empleado en el cual se encuentra nombrada en provisionalidad.

Ahora bien, con relación a la desvinculación de empleados nombrados en provisionalidad en empleos públicos de carrera administrativa, es importante tener en cuenta que la Ley 909 de 2004 consagra la procedencia de este tipo de nombramientos en el artículo 25, así:

“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

Con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015³, dispuso:

«ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados».

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia⁴ consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado, a saber: *“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.*

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que, entre otras, está por la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Ahora bien, frente al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en situación de prepensionados; como consecuencia de la provisión de cargos mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional⁵ sobre estabilidad laboral intermedia de funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, consideró: “(...) 6. La estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. 6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

En la sentencia T-186 de 2013 se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

(...)

“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (Negrilla fuera de texto).

(...) 6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado.

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

(...)

El carácter de prepensionada de la actora no surge del Decreto 3905 de 2009, toda vez que si bien (i) el cargo que ocupaba en provisionalidad correspondía a un empleo vacante en forma definitiva perteneciente al sistema de carrera general y (ii) era desempeñado por la señora Ana Isabel desde el primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), (iii) a la fecha de la expedición de la norma le faltaban más tres (3) años para causar su derecho a la pensión de jubilación. No, por ello, puede negarse su condición de prepensionada, pues como bien se explicó en el fundamento 4 de esta sentencia, la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la puesta en marcha de herramientas jurídicas que lleven al retiro del empleo del funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, entre ellas el concurso público de méritos (ver acápite 6) en donde deben aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”

De las anteriores consideraciones precedidas por la Corte Constitucional, se tiene entonces que en aquellos eventos en los cuales un servidor público próximo a pensionarse ejerce un empleo público en provisionalidad, el cual una vez ofertado a concurso público de méritos es asignado al aspirante que superó dicho concurso, la Administración debe dar aplicación a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, realizando una evaluación objetiva de las circunstancias propias del caso, y no se enmarque en una adjudicación que cuente con un carácter aleatorio, y si obedezca a la protección concomitante de los derechos del empleado en calidad de prepensionado y del aspirante.

En el numeral 1.5 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003⁶, se definió que el servidor próximo a pensionarse consiste en aquel que le falten tres (3) años o menos, contados a partir de la promulgación de la respectiva ley, y que reúnan los requisitos de edad, 57 años mujeres y 62 años hombres, y tiempo de servicio o 1.300 semanas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o de jubilación.

Por su parte, la Ley 797 de 2003⁷, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33. *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: [...]*

PARÁGRAFO 3o. *Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, la Ley 909 de 2004⁸, dispuso:

“ARTÍCULO 41. *Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)*

e) *Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*

(...)

Bajo lo anteriormente expuesto, se considera justa causa para dar por terminado la relación laboral del trabajador o empleado público o privado prepensionado que cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez.

Acorde con esta interpretación de la norma, la Corte Constitucional⁹ consideró lo siguiente respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión de las entidades del Estado, expresando: “*En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.*

8.- *En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan.*

9.- *Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte: (...)*

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.”

De manera que, la calidad de prepensionado se pierde cuando se han cumplido los requisitos de tiempo y edad para obtener la pensión.

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que solo son prepensionados aquellos a quienes les falten 3 años o menos para cumplir requisitos para adquirir la pensión de vejez y le corresponde a la entidad respectiva garantizar la protección al pre pensionado, sin desconocer el derecho de rango constitucional de acceder al empleo para quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

2. "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"
3. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"
4. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]
5. Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 3 de junio de 2014, Sentencia T-326/14, [MP María Victoria Calle Correa]
6. "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002"
7. "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales"
8. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"
9. Corte Constitucional, Sala Plena, 05 de noviembre de 2007, Sentencia C-1037/03, [MP Dr. Jaime Araújo Rentería]

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:08:19