



Función Pública

Concepto 017001 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000017001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000017001

Fecha: 19/01/2021 03:34:37 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: DOCENTES Y/O DIRECTIVOS DOCENTES - Retiro del Servicio - RETIRO DEL SERVICIO - Empleados Provisionales. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Radicado No. 20219000014022 de fecha 12 de enero de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual plantea una situación particular relacionada con el retiro del servicio de una docente que se encontraba nombrada de manera provisional, en una vacante temporal derivada de una licencia, lo anterior en una comunidad indígena, me permito informarle que sus interrogantes serán resueltos en el mismo orden consultado, de la siguiente manera:

1. *Fui nombrada bajo acto administrativo para desempeñarme como docente en una licencia ya que a la titular la incapacitaron por problemas de salud y llevo 9 años y 5 meses ejerciendo el cargo bajo esa licencia. ¿Para desvincularme deberán hacer un acto administrativo, el cual me sea notificado?*

Previo a abordar su consulta, es necesario mencionar que al ser nombrada para cubrir una licencia, dicho nombramiento es de carácter provisional, teniendo en cuenta que el cargo se encuentra en una vacancia temporal; hecha la anterior precisión y para absolver su interrogante, el Decreto 1075 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, establece al respecto:

ARTÍCULO 2.4.6.3.12. Terminación del nombramiento provisional. La terminación del nombramiento provisional en un cargo en vacancia definitiva se hará en los siguientes casos, mediante acto administrativo motivado que deberá ser comunicado al docente:

(...)

PARÁGRAFO 3. La terminación del nombramiento provisional en un cargo en vacancia temporal procederá por las causales señaladas en los numerales 2 y 3 del presente artículo. (Subraya propia)

Así las cosas, atendiendo su pregunta, la entidad al momento de terminar un nombramiento provisional deberá hacerlo mediante acto administrativo motivado, el cual deberá ser comunicado al docente.

¿Si me aproximo a los 57 años de edad y tengo 19 años 8 meses y 27 días, me encuentro como protegida en condición de pre-pensionada?

Sobre el tema de los Pre pensionados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 29 de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente No. 050012333000201200285-01, señaló:

Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

"4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social "los programas de renovación o

reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública”

(...)

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

(...)

a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.(Resaltado fuera de texto)

De conformidad con lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia transcritas, la condición de prepensionado se adquiere y resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

En este orden de ideas, de acuerdo con las norma vigente, la edad de pensión de las mujeres es de cincuenta y siete (57) años y mil trescientas (1300) semanas cotizadas, por lo cual los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez y expedir constancia escrita en tal sentido.

3. Sí la docente titular del cargo por su condición de salud ha sido declarada como pensionada estaría yo llamada a que se me vincule en su reemplazo teniendo en cuenta lo descrito en el numeral anterior. 4. Por el hecho de llevar 9 años continuos de labor docente en esa licencia más el tiempo de labor restante, son garantías que me dan derechos para solicitar mi vinculación en la vacante que deja la titular, atendiendo a que me encuentro trabajando en una comunidad indígena donde está el centro educativo y de la cual hago parte.

Para atender sus interrogantes, consideramos necesario remitir el concepto No. 44845, emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación nacional, que analiza el tema de Docentes provisionales y carrera de etnoeducadores, donde se destaca lo siguiente:

"(...)

Trayendo el concepto citado a cada una de las preguntas de su consulta, esta Oficina considera que sí se deben seleccionar en primera medida a los Etnoeducadores que en la actualidad se encuentran en provisionalidad para que sean nombrados en propiedad, si éstos fueron designados en forma concertada por las comunidades indígenas, y cumpliendo los demás requisitos expuestos en la sentencia de la Corte Constitucional citada en el concepto, que a su vez reitera lo que ya se había expresado por este mismo Tribunal en sentencias Sentencia T-907 de 2011 y Sentencia T-801 de 2012, y porque es el criterio que mejor armoniza el derecho de los pueblos indígenas con el derecho de los etnoeducadores a tener las garantías y la estabilidad laboral de un nombramiento en propiedad, lo que en todo caso es un derecho de aplicación inmediata.

(...)"

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Anexo: concepto No. 44845 Oficina Jurídica del Ministerio de Educación nacional.

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:33:03