



Función Pública

Concepto 056441 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000056441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000056441

Fecha: 24/02/2021 04:44:07 p.m.

Señores

REF: RETIRO - declaratoria de insubsistencia empleos de libre nombramiento y remoción. edad de retiro forzoso sistema general de seguridad social - Cumplimiento de requisitos PENSION DE JUBILACIÓN RAD N° [20212060038232](#) del 25 de enero de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta lo siguiente:

En consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública, la administración está obligada a continuar con el vínculo laboral con los funcionarios de libre nombramiento y remoción que decidan continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso de 70 años o, por el contrario, pueden disponer de dichos empleos.

En el mismo sentido, la administración está obligada a continuar el vínculo laboral con los funcionarios vinculados en provisionalidad que gocen del status prepensionados y que decidan continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso de 70 años, pese a que el cargo que ocupan se haya postulado en un concurso de méritos para proveer la vacante de manera definitiva por el sistema de carrera administrativa.

En opinión del Departamento Administrativo de la Función Pública, es posible que una entidad pública, con ocasión de una reestructuración de planta, retire del servicio a funcionarios vinculados por libre nombramiento y remoción que ya cumplen con los requisitos para pensionarse, pero que decidieron seguir laborando hasta la edad de retiro forzoso.

Una entidad pública puede postular en un concurso de méritos los puestos en provisionalidad ocupados por trabajadores que cumplen con los requisitos para pensionarse y decide seguir trabajado hasta la edad de retiro forzoso, en caso positivo, laboralmente que pasaría con dichos trabajadores, hay que reubicarlos o saldrían del servicio por haber proveído la vacante de forma definitiva por el concurso de méritos.

Cuando un empleado de libre nombramiento y remoción cumple con los requisitos para acceder a la pensión pero no solicita la pensión de vejez, sigue teniendo la estabilidad laboral reforzada.

Atendiendo la emergencia sanitaria actual originada por el nuevo coronavirus SARS COV -2, una entidad pública puede disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción.

En el mismo contexto de la emergencia sanitaria actual, una entidad pública puede disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción de personas que, si bien cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, decidieron continuar trabajando hasta la edad de retiro forzoso.

Cuál es el proceder que puede adoptar una entidad pública cuando una persona con status de prepensionado que fue vinculado por libre nombramiento y remoción goza de morbilidades y, por tanto, no puede acudir a las instalaciones a prestar su servicio y por las funciones a su cargo (conductor) tampoco las puede desarrollar en teletrabajo o trabajo en casa.

Los cargos ocupados por funcionarios con status de prepensionados en la modalidad de provisionalidad pueden ser ofertados en concurso de méritos, en caso positivo, qué debe realizar la entidad con la persona en calidad de prepensionado cuando deba nombrarse a la nueva persona que gano el concurso de méritos.

De lo anterior me permito manifestar.

En consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública, la administración está obligada a continuar con el vínculo laboral con los funcionarios de libre nombramiento y remoción que decidan continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso de 70 años o, por el contrario, pueden disponer de dichos empleos.

R/

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, dispone:

“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.

(...)

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.

(...)”

(Subrayado fuera de texto)

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Es así como, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

“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:

Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

-

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado.

Por lo tanto, para dar contestación a su consulta, no existe norma que ampare al empleado público para que continúe en el empleo y más por la modalidad de su nombramiento, por ende, la administración tiene la discrecionalidad para dar por terminado o no la vinculación.

En el mismo sentido, la administración está obligada a continuar el vínculo laboral con los funcionarios vinculados en provisionalidad que gocen del status prepensionados y que decidan continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso de 70 años, pese a que el cargo que ocupan se haya postulado en un concurso de méritos para proveer la vacante de manera definitiva por el sistema de carrera administrativa.

R/

El Decreto 190 de 2003, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002, señala:

“ARTÍCULO 1. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

(...)

1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez.”

Conforme a lo anterior, quienes tienen la calidad de prepensionados son aquellos a quienes les faltan 3 años o menos para reunir los requisitos de edad (actualmente, 57 años mujeres y 62 años hombres) y las semanas de cotización para acceder a la pensión de jubilación.

Ahora bien, en segundo lugar, se cuestiona si puede ofertarse mediante concurso de méritos un cargo que es ocupado por una persona que tiene la calidad de prepensionado.

La Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados, esta Dirección ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La citada normatividad está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto administrativo motivado.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 de 2008, se pronunció sobre el tema, señalando:

“4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo

(...)”.

(Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, sostuvo:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma

condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad". (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideró:

"En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

(...)

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".

Así mismo, es de anotar que en materia de protección laboral reforzada, la Ley [790](#) de 2002 y el Decreto [190](#) de 2003 ha previsto el denominado "reten social", figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho retén social no se aplica en el caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.

Igualmente, la Ley [1955](#) de 2019, la cual expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad" en su artículo [263](#) expone:

ARTÍCULO [263](#). *Reducción de la provisionalidad en el empleo público.* Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente

para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9° de la Ley 1033 de 2006.

(...)

PARÁGRAFO 2. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

En este orden de ideas, los empleos vacantes en forma definitiva que estén desempeñados por empleados con nombramiento en provisional y les faltara 3 años o menos a causar su derecho pensional será ofertados por la CNSC una vez el empleado cause su derecho pensional.

En consecuencia, es necesario verificar que el empleo objeto proceso de selección no haya sido ofertado antes de la vigencia de la ley 1955 de 2019 el 25 de mayo de 2019, ya que si se realizó con anterioridad no se le aplicaría lo establecido en el artículo 263.

Por otro lado, la ley 2040 de del 27 de julio de 2020, la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores, dispone:

“ARTÍCULO 8, Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.”

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que tiene la calidad de madre cabeza de familia y prepensionado es decir, al que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios) deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que como lo señala la Corporación su situación especial de indefensión no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Por tanto, en el evento que un provisional no participe en el correspondiente concurso de méritos, la Entidad podrá desvincularlos mediante acto administrativo, el cual se motivará en la provisión del cargo por quien ha participado en un concurso de méritos haciéndose merecedor del cargo y los servidores prepensionados deberán ser reubicados hasta tanto cumplan con los requisitos mínimos para acceder al beneficio pensional.

En caso de los empleados públicos con nombramiento que cumplan con los requisitos para la pensión, deberán ser desvinculados, ya que el empleo se proveerá con la persona que ocupo el primer lugar en el concurso de méritos.

En opinión del Departamento Administrativo de la Función Pública, es posible que una entidad pública, con ocasión de una reestructuración de planta, retire del servicio a funcionarios vinculados por libre nombramiento y remoción que ya cumplen con los requisitos para pensionarse, pero que decidieron seguir laborando hasta la edad de retiro forzoso.

R/

Como bien se explicó en la respuesta de la pregunta 1, por la naturaleza de los empleados públicos con nombramiento de libre nombramiento y remoción, estos pueden ser desvinculados a discrecionalidad del nominador.

Una entidad pública puede postular en un concurso de méritos los puestos en provisionalidad ocupados por trabajadores que cumplen con los requisitos para pensionarse y decide seguir trabajado hasta la edad de retiro forzoso, en caso positivo, laboralmente que pasaría con dichos trabajadores, hay que reubicarlos o saldrían del servicio por haber proveído la vacante de forma definitiva por el concurso de méritos.

R/

La Constitución Política establece:

“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.

(...)”

De igual forma, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, estipula:

“ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. *(Reglamentado por Decreto 4500 de 2005.)* El proceso de selección comprende:

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.

(...)

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.”

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, 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 deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, y será norma reguladora de todo concurso, obligando tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

Igualmente, es claro determinar que los empleos pertenecen a la planta de personal Global la cual consiste en la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

Por consiguiente, como bien lo establece la constitución política todos los empleos son de carrera administrativa salvo los que exprese la ley, por ende, todos los empleos de la planta global de una entidad independiente de su vinculación se deben llevar a un proceso de concurso de méritos.

Es de aclarar, que lo establecido por la ley 1955 de 2019, en su artículo 263 parágrafo 2, que los empleos “*que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.*” Este caso se presenta para los prepensionados no para las personas que ya cumplieron con los requisitos de pensión, ya que como se expuso en la respuesta de la pregunta 2 estas personas deberán ser desvinculados ya que cumplen con los requisitos de pensión.

Cuando un empleado de libre nombramiento y remoción cumple con los requisitos para acceder a la pensión pero no solicita la pensión de vejez, sigue teniendo la estabilidad laboral reforzada.

R/

De lo dispuesto en el inciso 5° de la norma citada anteriormente, el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 9. El artículo 3323 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33.24 Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

PARÁGRAFO 3. 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.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.” (Subrayado fuera de texto)

La norma establece que el empleado que ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma para percibir su pensión tendrá que solicitar su reconocimiento, no obstante, si transcurridos treinta (30) días después de este hecho el trabajador no la solicita, el empleador podrá solicitarla en nombre de aquel ante la correspondiente administradora de pensiones.

En consecuencia, como bien se dio respuesta a la pregunta 1, los empleados de libre nombramiento y remoción por la naturaleza de su vinculación no gozan de estabilidad laboral reforzada ya que es potestad del nominador declarar insubsistente o no el empleo, por lo que depende del nominar continuar con el empleado público en el servicio.

Atendiendo la emergencia sanitaria actual originada por el nuevo coronavirus SARS COV -2, una entidad pública puede disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción.

R/

En cuanto al Estado de Emergencia Económica social y Ecológico en estos momentos se encuentran viviendo el Estado Colombiano a raíz de nuevo corona virus COVID 19, el Gobierno Nacional expidió el decreto 491 de 2020 el cual adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas

En cuanto al decreto en mención este no modifico las normas relacionadas con la administración de personal en este caso la forma de previsión y terminación del empleo de libre nombramiento y remoción, por lo se deben aplicar las normas vigentes al respecto como se dejó consigna en la respuesta de la pregunta 1.

En el mismo contexto de la emergencia sanitaria actual, una entidad pública puede disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción de personas que, si bien cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, decidieron continuar trabajando hasta la edad de retiro forzoso.

R/

Esta pregunta se contesta con la respuesta de la pregunta 6 ya que la norma no cambio las disposiciones del nombramiento y retiro de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, igualmente con la respuesta de la pregunta 1 y 5.

Cuál es el proceder que puede adoptar una entidad pública cuando una persona con status de prepensionado que fue vinculado por libre nombramiento y remoción goza de morbilidades y, por tanto, no puede acudir a las instalaciones a prestar su servicio y por las funciones a su cargo (conductor) tampoco las puede desarrollar en teletrabajo o trabajo en casa.

R/

Respecto al tema de la asignación de funciones, el artículo 2.2.5.5.52 del Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.52 Asignación de funciones. Cuando la situación administrativa en la que se encuentre el empleado público no genere vacancia temporal, pero implique separación transitoria del ejercicio de sus funciones o de algunas de ellas, el jefe del organismo podrá asignar el desempeño de éstas a otro empleado que desempeñe un cargo de la misma naturaleza. (Subrayado fuera de texto)

Esta situación no conlleva el pago de asignaciones salariales adicionales, por cuanto no se está desempeñando otro empleo.

El empleado a quien se le asignen las funciones no tendrá derecho al pago de la diferencia salarial y no se entenderá desvinculado de las funciones propias del cargo del cual es titular”.

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C-447 de 1996, expresó:

“...Cuando el artículo 122 de la Constitución Nacional exige fijar las funciones de los empleos públicos, entre otros actos por medio de reglamentos, no se está refiriendo exclusivamente a la ley que determina la estructura orgánica de la entidad pública, ni al Manual General de Funciones que expide el Presidente de la República, sino también al manual específico de funciones de cada entidad... ”

“Las funciones concretas o específicas que le corresponde cumplir a cada uno de esos empleos en el ente gubernamental al que pertenezca el cargo, son fijadas por el jefe del organismo respectivo en el llamado Manual Específico de Funciones que, dicho sea de paso, no puede violar normas de superior jerarquía, esto es, la Constitución y las leyes. (...) Nada impide que mediante reglamentos se asigne por parte del Presidente de la República, del jefe de la entidad respectiva, e inclusive de los jefes inmediatos o de cualquier otra autoridad competente del mismo organismo, funciones a los empleados de un determinado ente público (...) siempre y cuando no se desconozcan los lineamientos generales señalados en el Manual General de Funciones y no se desvirtúen los objetivos de la institución y la finalidad para la cual se creó el empleo.” (Subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, el Manual Específico de Funciones y de Competencias puede ser actualizado, con base en lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 785 de 2005; igualmente, es dable que el jefe inmediato asigne funciones específicas, siempre que estas se encuentren circunscritas al nivel jerárquico, naturaleza jerárquica y área funcional del empleo y sin desconocer las orientaciones de la sentencia C-447 de 1996, antes citada.

Adicionalmente, la Corte Constitucional sobre este mismo tema, efectuó el siguiente análisis:

“(...) II.- De la Asignación de Funciones-

Considera la Sala del caso, llamar la atención sobre la forma impropia como usualmente dentro de la administración pública se asignan funciones de un cargo, a través del mecanismo denominado “asignación de funciones” mecanismo o instituto que no existe jurídicamente como entidad jurídica autónoma dentro de las normas que rigen la administración del personal civil al servicio del Estado.

¿De dónde proviene dicho uso? Pues, no de otro diferente al acudir o echar mano (como en el común de la gente se diría) por parte de la administración pública, de la última función que se relaciona para cada cargo dentro de los Manuales de Funciones y Requisitos de las entidades estatales, al señalar que el empleado cumplirá, además de las expresamente señaladas: “Las demás funciones que se le asignen por el jefe inmediato”.

Se considera del caso precisar, que dicha función de amplio contenido no puede ser ilimitada, sino que debe referirse siempre y en todos los casos a un marco funcional y concreto, esto es, que dichas funciones deben hacer referencia a las funciones propias del cargo que se desempeña por el funcionario a quien se asignan. No es procedente su descontextualización, de tal manera que el jefe inmediato sí puede asignar otras funciones diferentes a las expresamente contempladas en el respectivo Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, de

acuerdo a las necesidades del servicio, a los fines y objetivos propios de cada entidad, pero, dentro del contexto de las funciones propias del funcionario y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado.

-
No es procedente utilizar esta función para asignar "todas y cada una de las funciones correspondientes a otro cargo" diferente al que se desempeña por el funcionario, pues, esto equivale a asignar un "cargo por su denominación específica", bajo el ropaje de la asignación de funciones que como se dijo no es una figura jurídica autónoma, como el encargo, el traslado, etc.; costumbre que a ultranza se viene realizando en diferentes entidades del Estado, en forma impropia cuando para ello existe en la normatividad la figura jurídica del "encargo". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, el jefe inmediato por necesidades del servicio y/o cumplimiento de los fines propios de la entidad, podrá asignar funciones adicionales a las expresamente contempladas en el Manual de Funciones del empleo, sin desvirtuar con ello la naturaleza jurídica definida por la ley para cada uno de los niveles jerárquicos de los empleos.

Así las cosas, si la entidad considera que el empleado público no puede cumplir sus funciones desde el sitio de trabajo, posibilita que las funciones de los servidores se cumplan mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para el efecto le ordena a las autoridades para que tomen las acciones a que haya lugar y las habilita para asignar actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan, cuando las atribuidas en el manual de funciones no se puedan cumplir desde la casa.

En consecuencia, el empleado público deberá cumplir las funciones asignadas por el jefe inmediato por necesidades del servicio, y las funciones a desarrollar serán las del nivel jerárquico del empleo en este caso del nivel asistencial, hasta tanto el empleado público pueda realizar sus funciones en el sitio de trabajo.

Los cargos ocupados por funcionarios con status de prepensionados en la modalidad de provisionalidad pueden ser ofertados en concurso de méritos, en caso positivo, qué debe realizar la entidad con la persona en calidad de prepensionado cuando deba nombrarse a la nueva persona que gana el concurso de méritos.

R/

Como bien se expuso en la respuesta a las preguntas 2 y 4, los empleados públicos en provisionalidad que les falte menos de 3 años para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión, la entidad deberá reubicarlos dentro de la planta.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República
2. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley [790](#) de 2002
3. *"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"*
4. Sentencia [T - 105](#) de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:07