



**Función Pública**

# Concepto 217441 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000217441\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000217441

Fecha: 21/06/2021 09:23:30 a.m.

Bogotá D.C.,

REF.: EMPLEOS. Protección especial de los empleados provisionales en condición de prepensionados. RAD.: 20212060478142 del 17-06-2021.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual formulan consultas relacionadas con la situación de los prepensionados frente a los concursos de méritos, las cuales serán absueltas con fundamento en lo siguiente:

1.- Respecto a la consulta si es factible que la administración municipal de Aldana realice una convocatoria para proveer de manera definitiva empleos de carrera provistos con carácter provisional, cuyos titulares están en condición de prepensionados; lo cual se realizará según Acuerdo No. 0993 del 29 de abril de 2021, entre la alcaldía municipal de Aldana y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Sobre el tema de los empleados provisionales en condición de prepensionados, la Ley 1955 de 2019 señala:

“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.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARÁGRAFO SEGUNDO. 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.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente Artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo." (Subrayado nuestro)

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015 señala:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del Artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la

materia.

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el párrafo 2 del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la normativa transcrita, 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 Ley 1955 de 2019 que 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; y la administración antes de ofertar los empleos a dicha Comisión, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados. Surtido este proceso, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios, y para el efecto, en este caso, las listas de elegibles tendrán una vigencia de tres (3) años y, el jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la Ley 1955 de 2019, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, en el presente caso, los empleos a los cuales se refieren los consultantes, si de acuerdo con la información suministrada, venían siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y sus titulares a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 les faltaban tres años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, podrán ser ofertados por la CNSC una vez dichos servidores causen el respectivo derecho a la pensión; lo que significa que, no será procedente realizar una convocatoria para su provisión definitiva antes de que se cause dicho derecho.

2.- En cuanto a la consulta sobre qué requisitos debe cumplir un empleado público para tener la condición de prepensionado, se precisa:

El concepto de prepensionado aparece con la promulgación de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, expedida para adelantar el programa de renovación de la administración pública, la cual otorga unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, y cuyo objeto es renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, la cual dispone en su Artículo 12 una protección especial, entre otros, a los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de dicha ley.

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

"(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".

3.- Respecto a la consulta si los empleados que hacen parte de una organización sindical con fuero sindical, tienen alguna garantía para no ser reemplazados en el cargo que vienen desempeñando con carácter provisional, como resultado del desarrollo del respectivo concurso de mérito,

me permite manifestarle lo siguiente:

El Decreto Ley 760 de 2005, al regular el procedimiento para proveer un empleo de carrera con los resultados del concurso de mérito cuando el empleo está provisto con un empleado provisional que tiene fuero sindical, estableció:

“ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.”

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1119-05 del 1º de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Doctor, Alfredo Beltrán Sierra, al declarar exequible el Artículo 24 del Decreto 760 de 2005, expresó:

“RETIRO DEL SERVICIO DE SERVIDOR PUBLICO AFORADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD-No exigencia de autorización judicial

*En el Artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el Artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos.”*

De acuerdo con la norma y jurisprudencia transcritas, el empleado provisional que goza de fuero sindical cuyo cargo del cual es titular es convocado a concurso, pero el respectivo empleado no ocupa uno de los puestos en la lista de elegibles, que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito, puede ser retirado del servicio sin necesidad de autorización judicial, para nombrar en período de prueba al concursante que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

4.- En cuanto a la consulta sobre qué pasa y qué implicaciones tiene para el alcalde municipal, el secretario general y de gobierno de la alcaldía de Aldana si la administración municipal repotó o no los cargo de los empleados en condición de prepensionados, se precisa que este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre este tema, razón por la cual no es posible emitir concepto; ya que si en este caso, los empleados cumplen las condiciones y requisitos establecidos en la Ley 1955 de 2019, la competencia para definir la situación de los mismos es de la entidad y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidades estas que están obligadas a dar cumplimiento a lo dispuesto por dicha ley, en relación con los mencionados empleados.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página

webwww.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 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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:18:29*