



Función Pública

Concepto 297201 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000297201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000297201

Fecha: 12/08/2021 11:10:02 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Prepensionados EMPLEO - Ingreso - Provisión. Radicado No. 20219000575242 de fecha 11 de agosto de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta: *“En caso dado de que yo me haya ganado por mérito de concurso una vacante ofertado por una Entidad en calidad de pre-pensionado, y llegada las condiciones para pensión por vejez según el régimen al cual este vinculado, pero dicho funcionario que está ocupando esa vacante se quiera acoger voluntariamente a la Ley de retiro forzoso a los 70 años, ¿Qué sucede con mi nombramiento y derecho a ocupar y ejercer el cargo?, ¿lo ocupo inmediatamente agotado todos los procesos del concurso o debo esperar el tiempo que el mencionado funcionario cumpla los 70 años?”*. Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

Previo a abordar su inquietud, se considera necesario desarrollar el tema de los Prepensionados, para lo cual, 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.

(...)

Ahora bien, si el prepensionado se encuentra en un nombramiento provisional es importante realizar las siguientes precisiones;

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en situación de Prepensionados, otro de los criterios de estabilidad reforzada; como consecuencia de la provisión de cargos mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional, en sentencia en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“(…) 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” (Subraya propia).

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Constitucional, y al realizar un estudio por analogía con los empleados que se encuentran en estado de Prepensionados; esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que tiene la calidad de prepensionado 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.

De acuerdo con lo anterior y aras de atender su interrogante, una vez terminen las etapas del concurso de méritos y se realice el acto de nombramiento, la entidad deberá garantizar que se cumpla con los términos del Artículo 2.2.5.1.6 y siguientes del Decreto 1083 de 2015, los cuales establecen:

ARTÍCULO 2.2.5.1.6 Comunicación y término para aceptar el nombramiento. El acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo.

ARTÍCULO 2.2.5.1.7 Plazos para la posesión. Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora. (Subraya propia)

Atendiendo lo expuesto, una vez se comunique el acto de nombramiento, el interesado contará con diez (10) días para aceptarlo, una vez aceptado la persona tendrá diez (10) días para tomar posesión del empleo. La situación del prepensionado es un aspecto que le compete a la entidad, donde deberá determinar su continuidad o su retiro definitivo del servicio.

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

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:17:13