



Concepto 182491 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000182491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000182491

Fecha: 18/05/2022 08:32:27 a.m.

REF: RETIRO DEL SERVICIO - EMPLEADOS PROVISIONALES. Pre - pensionado. RAD: 202222060163242 del 12 de abril de 2022.

Acuso recibo a su comunicación, mediante la cual consulta, *"1. Una funcionaria adscrita en esta administración en provisionalidad, (MARCELA CENITH GARCIA PADILLA, Técnico administrativo, Grado 2, código 367, con fecha de nacimiento 27 de mayo 1961) detenta las condiciones que ameritan su declaratoria de pre ã¿¿ pensionada, empero su cargo se ofertó y resultó un ganador en el epílogo de los "Procesos de Selección N° 1137 a 1298 y 1300 a 1304 de 2019 de Boyacá, Cesar y Magdalena" surtidos por la CNSC.*

Coincidentalmente el ganador del cargo que desempeña la mencionada es su hijo, quien solicitó una prórroga de 90 días para su posesión en el cargo, siéndole conferida toda vez que no reside en esta municipalidad.", de lo anterior pregunta:

"Nuestra inquietud radica en que no hay ningún cargo similar de carrera ni de libre nombramiento donde se pueda reubicar a la mencionada y ¿cuál sería la conducta a seguir? Pues le faltan semanas para cotizar y acceder a su pensión".

En atención a la misma, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a manera de información general respecto de la situación planteada por usted, procedemos a pronunciarnos respecto de sus interrogantes en el siguiente sentido:

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 pre - pensionados son aquellos a quienes les faltan 3 años o menos para reunir los requisitos de edad (actualmente, 70 años mujer y/o hombre) 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 pre - pensionado.

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.

Ahora bien, 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.

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 9º de la Ley 1033 de 2006. (...)

PARÁGRAFO 2º. 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 faltan 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 y en consecuencia deberá ceder el lugar a quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles por primar el mandato constitucional.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «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

Proyecto: Yaneirys Arias.

Reviso: Harold Herreño Suarez.

Aprobó: Dr. Armando López C

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:13