



Concepto 109191 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000109191

Fecha: 15/03/2023 02:43:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de Insubsistencia Evaluación de Desempeño no Satisfactoria. Retiro del servicio de empleado prepensionado que obtuvo una calificación no satisfactoria en la evaluación de desempeño.

RAD.: 20239000105712 del 15 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si es procedente retirar del servicio a un empleado público con derechos de carrera administrativa, que tiene la calidad de prepensionado, por haber obtenido una calificación en la evaluación del desempeño no satisfactorio, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre sus inquietudes debe precisarse que en relación a la protección especial del empleado público prepensionado la Ley 1955 de 2019, establece:

“ARTÍCULO 263. Reducción de la provisionalidad en el empleo público. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil y la 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." (Destacado nuestro)

A su vez, el Decreto 1083 de 2015 determina:

"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:

(...)

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." (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo previsto en la norma, la protección prevista en el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el párrafo 4 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, es aplicable a los servidores provisionales que antes de ofertar los empleos vacantes para ser provistos mediante concurso de méritos, se encontraban en condición debidamente acreditada y comprobada de pre pensión.

Por otra parte, el Decreto 190 de 2003, establece:

"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."

En tal sentido, se infiere que esta figura está encaminada a proteger a los servidores públicos que estén próximos a 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 consiguiente, según lo establecido en la normativa mencionada, esta condición se tiene en dos circunstancias particulares: a. Cuando el empleado está vinculado como provisional y se vaya a adelantar el concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa de la entidad y, b. Cuando teniendo derechos de carrera administrativa, la entidad respectiva entre en un proceso de renovación y modernización que implique la reestructuración de la planta de personal (Ley 790 de 2022). Todo lo anterior, con el fin de facilitar que el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Ahora bien, se tiene que con relación a la declaración de insubsistencia por evaluación de desempeño no satisfactoria el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, 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.

(...)

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.*

(...)” (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley. También dispone el artículo Constitucional que el retiro del servicio de empleados públicos, se hará, entre otras causas, por la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo. En ese sentido, las entidades en aplicación a la disposición constitucional, deberán retirar del servicio a los empleados que incurran en alguna de esas causales.

Por su parte, la Ley 909 de 2004, dispone:

“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:

(...)

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

(...)”

A su vez, el Decreto 1083 de 2015, consagra las siguientes causales de retiro del servicio:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.1 Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.

Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.

Renuncia regularmente aceptada. (...)” (Destacado nuestro)

De acuerdo con las normas citadas, el ordenamiento jurídico contempla como una de las causales del retiro del servicio la declaratoria de insubsistencia del nombramiento como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.

En tal sentido, es oportuno puntualizar que la entidad respectiva podrá dar por terminada la relación laboral cuando el resultado en la evaluación del desempeño laboral de un empleado sea no satisfactorio, lo cual corresponde a una causal de retiro del servicio establecida en la Ley 909 de 2004, la cual está en armonía con el inciso 4 del artículo 125 de la Constitución Política y lo estipulado en el Decreto 1083 de 2015.

Ahora bien, se considera importante referirnos a los recursos que proceden contra el acto administrativo que declare la insubsistencia por calificación no satisfactoria, sobre lo que la Ley 909 de 2004 determina:

“ARTÍCULO 43. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria.

El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral.

Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento procederá recurso de reposición.

Esta decisión se entenderá revocada, si al interponer los recursos dentro del término legal, la administración no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguiente a la presentación de los recursos. En este evento la calificación que dio origen a la declaratoria

de insubsistencia del nombramiento se considerará satisfactoria en el puntaje mínimo.

La autoridad competente que no resuelva el recurso respectivo dentro del plazo previsto, será sancionada de conformidad con la Ley 734 de 2002 y las normas que la modifiquen o adicionen.”

Como puede observarse, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria es una causal autónoma de retiro del servicio. Este retiro debe ser motivado, por la autoridad nominadora, cuando el empleado de carrera haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral. Así mismo, contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento procederá recurso de reposición. Esta decisión se entenderá revocada, si al interponer los recursos dentro del término legal, la administración no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la presentación de los recursos. En este evento la calificación que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento se considerará satisfactoria en el puntaje mínimo.

Conforme con lo anterior y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que la entidad respectiva podrá dar por terminada la relación laboral con un empleado de carrera administrativa cuando el resultado de su evaluación del desempeño laboral no sea satisfactorio, toda vez que en el marco normativo el legislador no dispuso de una excepción para la aplicación de dicha causal del retiro del servicio.

De esta manera, aún si el servidor público está próximo a pensionarse, se observa que tal circunstancia no impide la aplicación de la causal de retiro del servicio por calificación no satisfactoria, la cual, se insiste, es objetiva.

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 <https://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 CORTÉS
Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:01:15