



Concepto 575021 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000575021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000575021

Fecha: 14/12/2023 02:11:15 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Pre pensionado. RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales. Radicado N° 20239001031852 del 22 de noviembre del 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, relacionada con la siguiente solicitud:

Me desempeño como servidora en El DANE en provisionalidad, la Entidad sacó a concurso empleos el 25- 08-2022 Proceso de Selección Entidades del Orden Nacional No. 2242 de 2022, para esta fecha contaba con 55 años y 934 Semanas de cotización en el fondo privado me presenté al concurso y no pase en el proceso. Actualmente el concurso se encuentra en la etapa de valoración y se espera tener listas de elegibles en enero de 2024. La consulta a realizar es ¿gozo de la calidad de prepensionada? toda vez que a la fecha cuento con 994 semanas y 57 años cumplidos. ¿Si soy prepensionada cuales son las gestiones que debo adelantar ante mi Entidad (DANE) para que se me respeten mi calidad de prepensionada y pueda continuar laborando hasta alcanzar las semanas requeridas por el Fondo Privado?

1.- Retiro de empleados nombrados en provisionalidad.

En relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, se hace necesario indicar lo establecido en el Decreto 1083 de 2015¹, que dispone:

“Artículo 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

De acuerdo con lo anterior, este Departamento Administrativo ha sido consistente al conceptuar que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive, consonante con 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 ejerza su derecho de contradicción, si este es su deseo.

De acuerdo con lo precisado tenemos, entre otras, la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, que sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad expresa:

“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 la administrada 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”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la

Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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.

2.- Protección especial al provisional pre pensionado.

Ahora bien, en relación a la protección especial del empleado público pre-pensionado la Ley 1955 de 2019², establece:

“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.” (Negrilla y subrayado nuestro)

Frente al particular, 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 parágrafo 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 parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.” 8Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, la protección prevista en el parágrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, y el parágrafo 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 se encontraban en condición debidamente acreditada y comprobada de pre pensión, de tal suerte que la CNSC al presentar la OPEC indique claramente a los interesados en participar en el concurso de méritos que ese empleo se encuentra provisto con un empleado nombrado en provisionalidad que cuenta con la calidad de pre pensionado y que por consiguiente, solo se procederá a proveerse dicho empleo una vez cumpla con las condiciones para acceder a la pensión de vejez.

3.- Reubicación de provisionales en caso de concurso de méritos.

En relación con la reubicación de los empleados públicos pre pensionados en caso de concurso de mérito, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1415 del 04 de noviembre de 2021, mediante el cual se modificó el artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto 1083 de 2015, en lo relacionado con la protección laboral a favor de, entre otros, quienes se encuentran próximos a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de

vejez, y en ese sentido dispuso:

"Artículo 2.2.12.1.2.2. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán las siguientes reglas:

Acreditación de la causal de protección:

(...) d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el

reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

El jefe del organismo o entidad deberá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

(...)

Artículo 3. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.5 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.12.1.2.5. De la reubicación para los servidores públicos prepensionados. En cumplimiento de la protección especial en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, los servidores públicos que les falten (3) tres años o menos para obtener la pensión de jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva, deberán ser reubicados como lo señala el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2."

Así las cosas, se colige que de acuerdo con la protección especial establecida en el Decreto 1083 de 2015, no pueden ser retirados del servicio quienes ostenten la calidad de empleados pre-pensionados.

Sin embargo, para hacer efectiva la protección, según la modificación que hizo el Decreto 1415 de 2021, el empleado que considere que acredita los requisitos para acceder a la protección, por tener la calidad de pre pensionado, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar solicitud para el efecto, de esta forma, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces deben verificar los servidores que tengan la calidad de pre-pensionados y expedir constancia escrita al respecto, verificando la validez de la documentación aportada por el solicitante.

Ahora bien, en relación con la provisión definitiva de cargos a través de concursos de mérito, el Decreto 1415 de 2021, estableció:

"Artículo 2. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.4 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así: "

Artículo 2.2.12.1.2.4. Provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito. Para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

De acuerdo con lo previsto en la norma, en el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019; es decir, que para acceder a la protección de la norma, el empleado público debió acreditar la condición de pre pensionado antes de ofertar los cargos al concurso de méritos correspondiente.

4.- Obligatoriedad de las convocatorias a concursos de méritos.

De otra parte, se considera importante tener en cuenta que, en relación con las condiciones ofertadas mediante convocatoria pública para proveer empleos públicos de carrera la Corte Constitucional en Sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, estableció lo siguiente:

"El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública". Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: "Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia

La convocatoria es "la 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", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinear los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado

debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada

REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS-Son invariables

Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar "...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos."

De acuerdo con lo previsto por la Corte, la convocatoria a concurso de méritos es la norma reguladora y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

En ella, se impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en la convocatoria se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, las entidades u organismos públicos deben cumplir con las condiciones de los empleos ofertadas mediante convocatoria pública a concurso de méritos, como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos meritocráticos. En consecuencia, en el caso que se haya ofertado un empleo sin la anotación que quien lo desempeña en provisionalidad cuenta con la condición de pre pensionado, no será posible manifestarlo una vez se emita la lista de elegibles, pues como indica la corte, las entidades del Estado deben respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias públicas.

Frente a su inquietud, nos permitimos dar respuesta a su inquietud de la siguiente manera:

El retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive el acto de retiro, lo cual es consonante con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al tema, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerza su derecho de contradicción, si este es su deseo.

Dentro de las causales sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales tales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

En los casos de concursos de méritos tendrá derecho a ser reubicado el empleado público que demostró su condición de pre pensionado antes de que los cargos salgan a concurso de la CNSC, de tal manera que se condiciona la convocatoria a concurso, y, en consecuencia, quien aspire al cago de carrera que presenta vacancia definitiva que se encuentra provisto con un empleado nombrado en provisionalidad que cuenta con la calidad de pre pensionado, entenderá de antemano que deberá aguardar a que se pensione el provisional para acceder al cargo en el que obtuvo el mejor puntaje del concurso de méritos.

Por lo tanto, si con posterioridad a la convocatoria por parte de la CNSC, el servidor adquiere la calidad de pre-pensionado, no se establece como un derecho la reubicación, sino como una medida afirmativa por parte de la Administración, para que en la medida de las posibilidades reubique a los servidores públicos que acrediten esta calidad, o que sean los últimos en ser retirados del servicio, en todo caso, de no ser posible ninguno de estos eventos, entonces se debe motivar el acto de retiro del servicio por provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Por lo anterior, la vinculación en un empleo público en provisionalidad no debe entenderse como un derecho indefinido a permanecer en este tipo de vinculación laboral, sin embargo, surge una obligación jurídico constitucional de trato preferencial como medida de acción afirmativa, en tal sentido, previo a proceder la entidad a nombrar a quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse, y en lo posible, de vincularse nuevamente en forma provisional a empleos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, demostrando por mandato legal, sus condiciones especiales.

En ese sentido, y, de conformidad con el Decreto 1415 de 2021, para hacer efectiva en la medida de las posibilidades la estabilidad laboral objeto de consulta, ante los organismos y entidades que se encuentran en concursos de méritos, el empleado deberá acreditar que pertenece al grupo de protección especial y de no ser posible la reubicación, el empleado en provisionalidad deberá ser retirado del servicio, toda vez que primarán los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

En consecuencia, es necesario que la entidad verifique si el empleado objeto de su solicitud acreditó la condición de pre pensionado antes de convocar a concurso de méritos los cargos, de ser así, la entidad tiene el deber de reubicar al empleado en un empleo igual o superior que se

encuentre vacante en la respectiva entidad o aguardar a que cumpla con los requisitos de ley para acceder a su pensión.

De lo contrario; es decir, en el caso que no se haya acreditado la condición de pre pensionado antes de la convocatoria a concurso, la entidad en lo posible estudiará la posibilidad de reubicar al empleado de acuerdo con la disponibilidad de cargos con que cuente, o proceder al retiro del servicio mediante acto motivado, toda vez que primarán los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

De no ser posible su reubicación, procederá el retiro del servicio sin necesidad de aguardar el acto de reconocimiento de la pensión de vejez por parte del fondo de pensiones.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, 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: Jenny Mendoza

Revisó. Harold Herreño

Aprobó. Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”.

2Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:43