



Concepto 027611 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000027611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000027611

Fecha: 20/01/2022 04:36:00 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO- Prepensionado. Radicación No. 20229000012732 de fecha 07 de Enero de 2022.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza la siguiente consulta:

“la comisaria de familia, tiene 22 años de servicio y 58 años de edad, se encuentra afiliada a Colpensiones, en ese orden de ideas, la persona que haya ganado el concurso deber? ubicarse en el puesto de comisaria de familia y la funcionaria en provisionalidad deber? ser reubicada en otro cargo hasta que sea pensionada por Colpensiones?, ahora bien esa solicitud de pensión debe ser realizada por el municipio?, por otra parte me permito consultar si la funcionaria se acoge a la ley de retiro forzoso a los 70 cuando este pensionada es obligación del municipio aceptar dicha condición y tener a la funcionaria que no super? el concurso hasta la edad de retiro forzoso o la estabilidad laboral reforzada va hasta que la funcionaria adquiera su condición de pensionada”

Me permito manifestarle:

El Decreto [190](#) de 2003¹, 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 prepensionados son aquellos a quienes les faltan 3 años o menos para reunir los requisitos de edad (actualmente, 57 años mujeres y 62 años hombres) 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 prepensionado.

La Ley 909 de 2004² y el Decreto 1083³ 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 normativa 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.

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.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, sostuvo:

“... 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 concursó, 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.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad”. (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideró:

“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 el administrado 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”.

Del mismo modo, es de anotar que en materia de protección laboral reforzada, la Ley [790](#) de 2002 y el Decreto [190](#) de 2003 ha previsto el denominado "reten social", figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho retén social no se aplica en el caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.

Igualmente, la Ley [1955](#) de 2019⁴, la cual 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 9° de la Ley 1033 de 2006.

(...)

PARÁGRAFO 2. 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."

En este orden de ideas, los empleos vacantes en forma definitiva que estén desempeñados por empleados con nombramiento en provisional que les falten 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.

Para el caso de los prepensionados y a propósito de la convocatoria a concursos de méritos en cargos de carrera administrativa, el Decreto 1415 de 2021⁵ 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."

En este orden de ideas, respecto sus inquietudes uno y tres, esta Dirección Jurídica considera que el empleado provisional que tiene la calidad de madre o padre cabeza de familia y prepensionado es decir, al que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios) 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.

Por tanto, la Entidad podrá desvincularlos mediante acto administrativo motivado, el cual se motivará en la provisión del cargo por quien ha participado en un concurso de méritos haciéndose merecedor del cargo y los servidores prepensionados deberán ser reubicados hasta tanto cumplan con los requisitos mínimos para acceder al beneficio pensional.

En caso de los empleados públicos con nombramiento que cumplan con los requisitos para la pensión, deberán ser desvinculados, ya que el empleo se proveerá con la persona que ocupo el primer lugar en el concurso de méritos.

Respecto a su segundo interrogante, el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 9. El Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33. *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

(...)

PARÁGRAFO 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este Artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la norma citada, una de las causales de retiro de un empleado público es el haber obtenido el reconocimiento a la pensión de jubilación o de vejez, caso en el cual el empleador puede dar por terminada la relación legal o reglamentaria, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Igualmente, el empleado que ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma para percibir su pensión tendrá que solicitar su reconocimiento, no obstante, si transcurridos treinta (30) días después de este hecho el trabajador no la solicita, el empleador podrá solicitarla en nombre de aquel ante la correspondiente administradora de pensiones.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica sí el empleado ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma para percibir su pensión y transcurridos treinta (30) días después de este hecho el trabajador no la solicita, el empleador podrá solicitarla en nombre de aquel ante la correspondiente administradora de pensiones, esto sin perjuicio del acatamiento de las disposiciones contenidas en la ley 1821 de 2016⁶, las cuales, para el caso concreto, no aplicarían, toda vez que la protección sería únicamente hasta el momento en que se cuente con los requisitos para pensionarse, fecha desde la cual se podrá declarar la insubsistencia del nombramiento provisional de conformidad con la normativa y jurisprudencia señaladas en el presente escrito.

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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Reviso: Maia Borja.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE D EPÁGINA:

¹“, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002”

²“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

³“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

⁴“expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”

⁵“Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados”

⁶“Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, corregida por el Decreto 321 de 2017.

Fecha y hora de creación: 2023-06-30 11:03:54