



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000101241

Fecha: 17/06/2015 05:14:48 p.m.

Bogotá D.C.

Doctora  
**Elizabeth Santa Velasco**  
Directora Administrativa y Financiera  
Centro Administrativo Municipal CAM  
Santiago de Cali

**REF. RETIRO DEL SERVICIO.** ¿Un empleado en condición de prepensionado, vinculado mediante nombramiento provisional, puede ser retirado del servicio, como consecuencia del nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para el cargo que ocupa? **RAD.** 2015-206-008192-2 del 30 de abril de 2015

Cordial saludo.

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

#### **PLANTEAMIENTO JURIDICO:**

¿ Un empleado en condición de prepensionado, vinculado mediante nombramiento provisional, puede ser retirado del servicio, como consecuencia del nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para el cargo que ocupa?

#### **FUENTES FORMALES**

- 1- Concepto 2013600013415-1 del 2 de septiembre de 2014, Dirección Jurídica Departamento Administrativo de la Función Pública.
- 2- Sentencia T-326/14, Estabilidad laboral reforzada de madre cabeza de familia y personas próximas a pensionarse-Orden de reintegrar a la accionante por ser pre pensionada y cabeza de familia –Referencia.
- 3- Sentencia C-795 de 2009
- 4- Sentencia de unificación SU-446 del 26 de mayo 2011.

#### **ANÁLISIS**

En primer lugar es necesario resaltar que mediante Concepto No. No. 2015600005446-1 del 6 de abril de 2015, esta Dirección Jurídica dio respuesta a la consulta formulada por usted en

oficio de fecha 12 de febrero de 2015, en el que se consulta sobre la procedencia de retirar a un pre pensionado, para nombrar a quien ocupó el primer lugar en un concurso.

Es así como en el mencionado concepto se tuvo en cuenta el contenido del Concepto No. 2013600013415-1 del 2 de septiembre de 2014, en el cual se analizó la normativa sobre la terminación del nombramiento en provisionalidad, entre ellos la Ley 909 de 2004 y el Decreto Reglamentario 1227 de 2005 y Jurisprudencia de la Corte Constitucional Sentencia T-007/08 y C-901 de 2008 y SU 917 de 2010 en lo correspondiente a la estabilidad que se atribuye a este tipo de nombramiento, de donde esta Dirección Jurídica concluyó que:

*(...) En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte, esta Dirección considera que el empleado provisional al que solo le falta un año para cumplir los requisitos para acceder a la pensión 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 desvincularlo mediante acto administrativo, el cual se motivará en que el cargo va a ser ocupado por quien ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.(...)*

Nuevamente se consulta sobre el presunto conflicto de intereses que se presenta entre un pre pensionado y quien ocupa el primer lugar en un concurso, con fundamento en la Sentencia No T-326 del 3 de junio de 2014 Magistrado ponente Maria Victoria Calle Corre.

En primer lugar, se considera que es procedente efectuar el análisis del contenido de la Tutela mencionada en la petición y de los fallos que dentro de la misma se mencionan, con el fin de analizar la solicitud de concepto, así:

- 1) Sentencia C-795 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime) se encuentran sistematizados los criterios y subreglas aplicables en materia de retén social, así:

*" (...) De las medidas afirmativas y la protección laboral reforzada, en los procesos de reestructuración del Estado. Retén social: ámbito material y temporal.*

***17. El artículo 13 de la Constitución Política estableció para el Estado los imperativos de procurar que la igualdad sea real y efectiva, de adoptar medidas en favor de los grupos discriminados y marginados, y de proteger a aquellas personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Uno de los instrumentos tendientes a lograr el cumplimiento de este mandato constitucional en el Estado Social de Derecho son las acciones afirmativas, cuya implementación, en primer lugar, corresponde al legislador.***

*(...)*

***23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección,***

*es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado.*

*En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.*

(...)

*27. Dado que la garantía de la protección reforzada que se ha configurado en favor de las personas consideradas de especial protección constitucional, depende de la determinación de una reglas claras que faciliten su inequívoca aplicación en los casos concretos, y que de otra parte, esta Corporación ha considerado que no se trata de un derecho absoluto, o que pueda mantenerse de manera indefinida, se hace necesario precisar los alcances de la protección y las condiciones que permiten generar una expectativa jurídica de esta naturaleza. Procede la Sala a armonizar los planteamientos que han desarrollado las diferentes Salas de Revisión sobre el tema, a fin de establecer un criterio unificado.*

*Las posturas previamente reseñadas, antes que contradictorias resultan complementarias en tanto que se refieren, a tres aspectos distintos que tienen relevancia para la determinación del alcance de la garantía. De un lado, (i) la determinación de quien puede considerarse persona próxima a pensionarse (definición de prepensionado); (ii) el momento a partir del cual se contabilizaría el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado; y (iii) el tiempo o la condición dentro de los cuales resulta material y jurídicamente factible mantener la protección. (...)"*

- 2) Sentencia de unificación SU-446 del 26 de mayo de 2011, de la Corte Constitucional, donde se efectuó un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad.

*" (...) La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso. (subrayado y negrilla nuestro)*

*(...)En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"*

**10.2. (...)**

*En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido **prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.***

*Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados. (...) (Negrilla nuestra)*

La jurisprudencia citada de la Corte Constitucional es reiterativa en señalar la procedencia del mérito, frente a las condiciones particulares de los empleados que ocupan el cargo en provisionalidad.

En la sentencia SU 446 del 26 de mayo de 2011, en la cual se hace un análisis sobre cuando el servidor público que va a ser remplazado por quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles tiene la condición de pre pensionado; se reitera que esta condición no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo, por lo tanto la administración debe tener en cuenta esta situación para que estos cargos sean convocados al final de estas situaciones que deben ser analizada por cada administración.

En concepto de esta Dirección Jurídica, la Corte Constitucional no cambio de posición sobre la prevalencia del mérito frente a cualquier otra situación particular del servidor provisional, por lo tanto corresponde a la administración hacer los análisis que considere necesarios y estudiar la posibilidad de que el empleado que va a salir del servicio como consecuencia del concurso de méritos y que tenga la calidad de pre pensionado sea ubicado en otro cargo de iguales o similares condiciones.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Administrativo.

Cordialmente,

  
**CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON**  
Directora Jurídica

Mercedes Avellaneda vega/JFCA

600.4.8.