

2310460
Bogotá D.C.,

Señor
HÉCTOR MANUEL VALENZUELA CAMACHO
Carrera 9 Este N° 33 – 75, Bloque 33, Casa 20
Sector San Mateo
Soacha
Cundinamarca

Asunto: Prepensionados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad en el marco de un concurso de méritos. Radicado 1-2016-96530

Respetado Señor Valenzuela:

Esta Dirección recibió la comunicación del asunto, en la cual presenta el siguiente cuestionario:

1. *¿En el caso que un servidor público, cuyo empleo corresponde a un nombramiento provisional, le falten menos de tres (03) años para reunir el requisito de la edad para la pensión de jubilación o vejez, gozaría de la protección especial definida en la Ley de Retén Social?*
2. *¿En el caso que un servidor público, cuyo empleo corresponde a un nombramiento provisional, le falten menos de tres (03) años para reunir el requisito del tiempo de servicio o semanas de cotización para la pensión de jubilación o vejez, gozaría de la protección especial definida en la Ley?*
3. *¿En el caso que un servidor público, cuyo empleo corresponde a un nombramiento provisional, y se encuentra a menos de tres (03) años para reunir los requisitos de la edad y tiempo de servicio o semanas de cotización de jubilación o vejez, gozaría de la protección especial definida en la Ley?*
4. *¿En cualquiera de los tres (3) casos anteriores y en el momento que se convoque a concurso público para proveer ese empleo, cuál sería el amparo legal a que puede recurrir el servidor público, nombrado de manera provisional?"*

Antes de responder su cuestionario es necesario tener en cuenta lo siguiente:

MARCO NORMATIVO

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993¹ establece que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

¹Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

CARACTERÍSTICAS

Dentro de las características del Sistema General de Pensiones está que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos, de conformidad con el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte el artículo 2° de la Ley 797 de 2003² adicionó el literal p) al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señalando que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la ley.

MARCO JURISPRUDENCIAL

DEFINICIÓN DE PREPENSIONADO

En la Sentencia C-795 de 2009, la Corte armonizó la jurisprudencia constitucional en cuanto a la delimitación del concepto de persona prepensionada, objeto de amplias discusiones interpretativas:

"(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez".

LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE EN EL MARCO DEL RETÉN SOCIAL: ARTÍCULO 12 DE LA LEY 790 DE 2002

En la Sentencia T-326 de 2014 se trató el tema de la protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, así:

"4.2. En el marco de protección de los derechos de las personas próximas a pensionarse, el legislador promulgó la Ley 790 de 2002, "por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República". El objeto de esta ley fue renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado bajo unos parámetros de sostenibilidad financiera. Para tal efecto, ordenó la fusión y la liquidación de distintas entidades en el contexto de lo que se denominó el

²Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales."

Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAD), disponiendo, al mismo tiempo, medidas de protección a favor de personas que por sus condiciones particulares podían resultar especialmente afectadas por la desvinculación.

Dicha normativa, en su artículo 12, estableció un beneficio que cobijaba a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y aquellos servidores públicos que dentro de los tres (3) años siguientes contados a partir de la vigencia de la ley (27 de diciembre de 2002), cumplieran con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez o jubilación, toda vez que no podían ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

En este sentido, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho, bajo el entendido de que las personas que en menos de tres (3) años adquirieran el derecho a pensionarse, configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

A partir de la fecha, la Corte consideró que el retén social no tenía límite temporal alguno, o mejor, que la especial protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se entendía vigente durante todo el programa de renovación institucional, es decir, se prolongaba hasta la liquidación definitiva de la entidad o la culminación jurídica de la misma(...)"

LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE

En la Sentencia T-186 de 2013 la Corte Constitucional consideró que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales.

Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como *prepensionados*.

El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o *prepensionados*, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

EL MÉRITO Y EL CONCURSO

La Corte Constitucional en la Sentencia C-588 de 2009 consideró que la carrera administrativa *“se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”*, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan *“todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público”* y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general.

Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso “como regla general regula el ingreso y el ascenso” dentro de la carrera y, por ello, “el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”, pues sólo de esta manera “se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

¿Se vulneran los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de un prepensionado, al declararlo insubsistente en el cargo de carrera que venía desempeñando en provisionalidad por acudir a la lista de elegibles para proveer dicho cargo, y designar a quien se encontraba en la lista de elegibles en el empleo?

Para resolver el problema jurídico, se reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; la protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del retén social: artículo 12 de la Ley 790 de 2002; la estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

LA ESTABILIDAD INTERMEDIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo

ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, *"concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa"*.

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por

ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo 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. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

*“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” (negritas originales).*

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

EL RETÉN SOCIAL Y EL CONCURSO DE MÉRITOS

En la Sentencia T-326 de 2014 se consideró que “4.6. Teniendo claridad acerca de la aplicabilidad de la figura del retén social, es importante explicar que la declaración de insubsistencia de la funcionaria, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no se dió en el marco de un proceso de reestructuración de la entidad..... realizado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, sino que fue por efecto de un concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el propósito de proveer los cargos que estuvieran vacantes u ocupados en provisionalidad al interior de la Entidad. Sin embargo, ello no implica que la señorano tenga derecho a la estabilidad laboral relativa de aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados.

Para entender la anterior afirmación, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia en la solución del problema jurídico. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los *prepensionados* no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público.

Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los *prepensionados* con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-795 de 2009:

“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 suprallegal, 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 (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”.

Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. *“En otras palabras, el fundamento de la estabilidad*

laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos”.

LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA EN EL MARCO DE UN CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS: APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

En la Sentencia T-326 de 2014 la Corte consideró que un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso.

En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional:

El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado.	El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del <i>prepensionado</i> , que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.
--	---

En la sentencia T-186 de 2013 se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del *prepensionado* y del aspirante. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad.

Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Al respecto, en la sentencia T-017 de 2012, se consideró que para el caso particular de los *prepensionados*, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales.

[...]

“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (negritas fuera de texto).

INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE LAS NORMAS SOBRE CARRERA ADMINISTRATIVA

En la Sentencia T-326 de 2014 se consideró que la interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

Se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria.

Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada,

particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del *prepensionado*.

CASO CONCRETO

En la Sentencia T-326 de 2014 se probó que la tutelante tenía al momento de la conformación de lista de elegibles la condición de *prepensionada*, pues para la fecha en que se conformó la lista de elegibles, le faltaban menos de tres (3) años para obtener la pensión de jubilación.

La estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la puesta en marcha de herramientas jurídicas que lleven al retiro del empleo del funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, entre ellas el concurso público de méritos en donde deben aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La Sala advierte que en el caso en estudio la entidad... y la CNSC desconocieron su deber de interpretar las normas de carrera administrativa de una manera razonable, proporcional y compatible con los derechos fundamentales de la accionante, teniendo en consideración que, si bien no se presentaba el supuesto fáctico de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles, concurrían algunos supuestos que implicaban proteger los derechos de la señora, en razón de su condición de prepensionada y madre cabeza de familia.

Teniendo en cuenta la condición de prepensionada y madre cabeza de familia de la señora, la entidad, vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora, toda vez que si requería ocupar el cargo con la persona a quien correspondía en la lista de elegibles, debió respetar la situación de la actora, cuya condición de prepensionada le otorgaba el derecho a no ser despedida hasta que reuniera los requisitos para jubilarse y, por ello, designarla en provisionalidad en un cargo vacante igual o similar al que venía desempeñando y que no hubiera sido ofertado en un concurso público de méritos, hasta tanto fuera incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones.

CONCLUSIONES

A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que:

1. La decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el

concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos.

2. Sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente.

3. Una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

No se puede confundir la estabilidad laboral reforzada de los *prepensionados* con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública. Por el contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

En las sentencias T-729 de 2010 y T-017 de 2012, la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, la Corte concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenada por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los *prepensionados*.

Así, como en cada uno de estos casos era posible evidenciar que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, merced de su pluralidad, la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.

RESPUESTAS

En las primeras tres (3) preguntas, se debe cumplir con la edad y con el tiempo para poder pensionarse, de conformidad con el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado y adicionado por el literal p) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social.

Es por ello que en caso de entrar en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas

por el resultado de un concurso público de méritos, se debe recurrir a la estabilidad laboral de los *prepensionados* por ser de origen constitucional.

Frente a la pregunta cuatro (4), el acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria.

Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos se hayan proveído por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del *prepensionado*.

Atentamente,



ANA LUCY CASTRO CASTRO
Directora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Revisó: Ana Lucy Castro Castro