

Análisis económico de los institutos jurídicos denominados provisionalidad, pre pensionados y concurso de méritos. Una revisión desde la jurisprudencia

Laura Valentina Rivera Rojas, Sharoms Dayana Camacho Salazar

Trabajo de grado para optar el título de magister en derecho

Director

Juan Pablo Leal Rico

Magister en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas

Facultad de Derecho

2025

Dedicatoria

A mi padre, quien trabaja incansablemente para verme realizada como profesional, gracias por darme la oportunidad de alcanzar este logro académico. A mi madre, por su apoyo y motivación constante en esos momentos donde más lo necesitaba, por estar pendiente de cada detalle y acompañarme paso a paso en todo momento. Con ustedes he aprendido el significado del amor.

Laura Valentina

A Dios y a la Virgen de Guadalupe, por permitirme cumplir cada uno de los sueños que han sido puestos en mi corazón. A mis padres, por haberme acompañado y motivado en cada noche de estudio y por recordarme siempre lo capaz que soy. A mi amigo Jonathan Gómez, quien me inspiró y acompañó desde el cielo; juntos logramos ser magíster, como un día lo soñamos.

Sharoms Dayana

Agradecimientos

A Dios por iluminarnos con su Santo Espíritu para entender, comprender y aprender los conocimientos impartidos en esta maestría. A la Universidad Santo Tomás, por abrirme sus puertas una vez más para seguir creciendo profesionalmente. A mi compañera de estudio, por trabajar junto a mí para alcanzar este logro. Al doctor Juan Pablo Leal Rico por su disposición para guiarnos a lo largo de este trabajo.

Laura Valentina

A mi compañera de tesis, por cada esfuerzo realizado. A la Universidad Santo Tomás porque desde el comienzo de mi vida profesional me ha brindado las bases para hacerlo de la mejor manera y me ha permitido crecer profesionalmente. Al doctor Juan Pablo Leal Rico por sus aportes enriquecedores que permitieron realizar este gran trabajo.

Sharoms Dayana

Contenido

Introducción	12
1. Análisis económico de los institutos jurídicos denominados provisionalidad, pre pensionados y concurso de méritos. Una revisión desde la jurisprudencia.	13
1.1 Planteamiento del problema	13
1.2 Justificación	16
1.3 Objetivos 1.3.1	18
1.3.1 Objetivo general	18
1.3.2 Objetivos específicos	18
2. Marco referencial	19
2.1 Marco teórico	19
2.1.1 Paradigma, teoría general y teoría sustantiva	19
2.2 Estado del arte, estado del conocimiento o de la cuestión	20
2.3 Marco conceptual	24
2.4 Marco legal	27
3. Diseño metodológico o metodología	29
4. Resultados	30
4.1 Instituciones que han regulado el mérito, los empleados vinculados en provisionalidad y la estabilidad laboral de los prepensionados	30
4.1.1 Del mérito y la carrera administrativa en el ordenamiento jurídico colombiano	31
4.1.2 Instituciones jurídicas que regulan la estabilidad laboral de los prepensionados	43

4.2 Análisis económico del derecho aplicado a la estabilidad laboral de prepensionados, la provisionalidad y el mérito en la función pública	55
4.2.1. Del Análisis Económico del Derecho	56
4.2.2 Del costo real de un trabajador	63
4.2.3 El costo del mérito	89
4.2.4 Aterrizando el ejemplo de Ronald Coase	97
4.3 Las Diferencias y similitudes entre las decisiones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.	102
4.3.1 Análisis jurisprudencial sobre decisiones del Consejo de Estado	105
4.3.2 Análisis jurisprudencial sobre decisiones de la Corte Constitucional	126
4.3.3 Desde la óptica del Análisis Económico del Derecho	140
4.3.4 Diferencias y Similitudes entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional	145
5. Conclusiones	150
Referencias	153

Lista de tablas

Tabla 1. <i>Normativa y jurisprudencia relevante sobre provisionalidad, prepensionados y concurso de méritos</i>	27
Tabla 2. <i>Metodología</i>	29
Tabla 3. <i>Fueros de estabilidad laboral reforzada</i>	48
Tabla 4. <i>Supuestos de protección del fuero de prepensionado</i>	50
Tabla 5. <i>Valor promedio del trabajo suplementario</i>	67
Tabla 6. <i>La dotación de los agentes de tránsito de Bucaramanga, vigencia 2024</i>	75
Tabla 7. <i>Aportes mensuales al sistema de seguridad social de un agente de tránsito de Bucaramanga</i>	78

Lista de figuras

Figura 1. <i>Relación triangular.</i>	62
Figura 2. <i>Fórmula de cesantías.</i>	70
Figura 3. <i>Fórmula de cesantías aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.</i>	71
Figura 4. <i>Fórmula de intereses a las cesantías.</i>	72
Figura 5. <i>Fórmula de intereses a las cesantías aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.</i>	73
Figura 6. <i>Formula de prima de servicios.</i>	73
Figura 7. <i>Formula de prima de servicios aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.</i>	74
Figura 8. <i>Formula de vacaciones.</i>	80
Figura 9. <i>Fórmula de vacaciones aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.</i>	81
Figura 10. <i>Convocatoria entidades del orden territorial 2022.</i>	95
Figura 11. <i>Relación triangular.</i>	98
Figura 12. <i>Línea del tiempo de decisiones del Consejo de Estado.</i>	107
Figura 13. <i>Línea del tiempo de decisiones de la Corte Constitucional.</i>	127
Figura 14. <i>Relación triangular.</i>	141

Resumen

El presente trabajo de investigación *pretende demostrar* ¿de qué manera el *análisis económico del derecho (AED)* incide en la divergencia entre el prepensionado en provisionalidad y el ganador del concurso de méritos?, En razón a la *disparidad* y falta de criterio homogéneo de las altas cortes que genera una serie de contradicciones en los distintos escenarios judiciales, causando *inseguridad jurídica* para los administrados. El AED como teoría sustantiva busca *encontrar* el trasfondo de las decisiones judiciales y servir de *guía* a quienes imparten justicia para tomar la decisión que en derecho corresponda. Lo anterior, utilizando el método *deductivo* desde el estudio de sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y el análisis de eficiencia que hacen los entes judiciales respecto de los derechos fundamentales a la igualdad, el mérito, versus los derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas. Para establecer *cualitativamente* los criterios de divergencia y convergencia de los órganos de cierre en relación al tema de estudio y la influencia del análisis económico del derecho en estas decisiones.

Palabras clave: Análisis económico del derecho, prepensionado, provisionalidad, concurso de mérito, carrera administrativa

Abstract

This research paper aims to demonstrate how the economic analysis of law (EAL) influences the divergence between a provisional pre-pensioner and the winner of a merit-based competition. This issue arises from the disparity and lack of consistent criteria in the rulings of the high courts, which generate contradictions across different judicial scenarios, resulting in legal uncertainty for those subject to administrative decisions.

As a substantive theory, EAL seeks to uncover the underlying rationale of judicial decisions and to guide those who administer justice in making rulings that properly align with the law. This study employs a deductive method, analyzing judgments issued by the Council of State and the Constitutional Court, as well as assessing the efficiency analysis these judicial bodies conduct regarding fundamental rights—such as equality and merit—versus rights to social security, a minimum subsistence level, and life under dignified conditions. The goal is to qualitatively identify the criteria for divergence and convergence of these high courts in relation to the subject matter, and to examine the influence of the economic analysis of law on these decisions.

Keywords: Economic analysis of law, pre-pensioner, provisional appointment, merit-based competition, civil service career

Glosario

Acto administrativo: es el instrumento mediante el cual la Administración Pública lleva a cabo sus propósitos y metas. Puede entenderse como una manifestación unilateral de su voluntad, emitida en el marco de sus competencias, que genera consecuencias jurídicas tanto para particulares como para otras entidades públicas (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, s.f.).

Análisis económico del derecho: Es una corriente considerada dentro de la teoría del Derecho que aplica conocimientos y métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico. (Doménech, 2014)

Concurso de méritos: mediante la Constitución Política de 1991 se estipuló el principio del mérito, por medio del cual debe prevalecer la garantía de una selección objetiva y transparente para llegar a ocupar un empleo público (Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación, s.f.).

Servidor público: son las personas naturales que ejercen la función pública y tienen una relación laboral con el Estado (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, s.f.).

Insubsistencia: Es una causal autónoma de retiro que las autoridades nominadoras tienen dentro de sus facultades para hacer cesar el vínculo que existe entre el servidor y el empleo. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2021)

Instituto jurídico: es el conjunto de normas que regulan determinadas relaciones jurídicas en una sociedad, estableciendo así los derechos y obligaciones que tienen las partes (Vallet, 2002).

Prepensionado: aquellos servidores públicos que les faltan 3 años o menos para cumplir con los requisitos para poder adquirir su derecho a pensionarse, ya sea la edad o las semanas de cotización (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

Prepensionado: aquellos servidores públicos que les faltan 3 años o menos para cumplir con los requisitos para poder adquirir su derecho a pensionarse, ya sea la edad o las semanas de cotización (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

Provisionalidad: es la forma que tiene la administración pública a través de su autoridad nominadora de proveer cargos con el fin de no interrumpir la buena prestación del servicio público, en los casos que no haya lista de elegibles vigente y aplicable (Caicedo, s.f.).

Introducción

El mérito como instituto jurídico fue implementado en la Constitución de 1991, en la que dispuso por regla general el sistema de carrera; ahora bien, mientras se realiza el concurso de méritos se utiliza la provisionalidad para proveer dichos cargos; sin embargo, como es de conocimiento, dichos concursos de mérito son tardíos, es decir pueden durar años en planeación, ejecución, hasta llegar al nombramiento en periodo de prueba de los meritorios, por lo que en ocasiones, algunas personas que fueron nombrados de forma provisional logran pensionarse, y en otros casos, adquieren el fuero estabilidad laboral reforzada de pre pensionados, y es aquí, donde entra el análisis económico del derecho a estudiar el desgaste económico que esta situación genera para el Estado, cuando colisionan el concurso de méritos, específicamente los derechos del meritorio vs la estabilidad laboral de una persona pre pensionada y las acciones afirmativas que debe realizar la entidad estatal para brindarle la especial protección constitucional. Para lo cual, se hará un estudio de estos institutos jurídicos, analizando diferentes casos proferidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para lograr establecer el impacto económico que genera al Estado la no realización de concursos de forma oportuna y la posición de la rama judicial ante esta problemática.

1. Análisis económico de los institutos jurídicos denominados provisionalidad, pre pensionados y concurso de méritos. Una revisión desde la jurisprudencia

1.1 Planteamiento del problema

La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 125 que por regla general los empleos de los órganos y entidades estatales son de carrera administrativa, a excepción de aquellos puestos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

Los puestos de carrera administrativa se surten por medio del concurso de méritos. Aquellos cargos que no esté regulado su nombramiento se harán mediante concurso. No obstante, mientras se realizan los concursos de méritos, los puestos de carrera administrativa en vacancia definitiva podrán proveerse por medio de nombramientos en provisionalidad.

La Corte Constitucional en sentencias ha establecido que:

El mérito asegura primordialmente el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, sobre la base de criterios objetivos de modo que cualquier persona que cumpla con los requisitos constitucionales y legales puede concursar en igualdad de condiciones para acceder a determinado cargo (Sentencia C-824, 2013).

Cuando los puestos de carrera administrativa se surten por medio del concurso de méritos, se está garantizando que quien desempeña el empleo público tenga las aptitudes y competencias necesarias para el cumplimiento a cabalidad de las funciones relacionadas con la necesidad del servicio propias para el empleo, en otras palabras, se evalúa que sea la persona más idónea para la prestación del servicio público.

De igual manera, los empleos de carrera administrativa buscan brindar estabilidad laboral en el empleo e igualdad de oportunidades para quienes ocupan sus cargos públicos, en concordancia con el artículo 53 de la Constitución.

Tratándose de los nombramientos en provisionalidad para surtir los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes mientras se lleva a cabo el concurso, vale la pena destacar que dichos nombramientos resultan ser de utilidad, pues permiten proveer estos cargos con una persona que cumpla el perfil del puesto y dar continuidad a la prestación del servicio. Las personas en provisionalidad gozan de estabilidad laboral relativa, toda vez que su permanencia en el empleo está sujeta al nombramiento de quien gane el concurso de méritos.

En relación a lo anterior, llama la atención los casos en que la persona en provisionalidad adquiere fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado, es decir que se encuentra dentro de los 3 últimos años para cumplir con la totalidad de los requisitos (edad y semanas cotizadas) para acceder al derecho a la pensión de vejez. Al mismo tiempo que se surte el concurso de méritos y se realiza el nombramiento del ganador de este.

Si bien la situación descrita en el párrafo anterior se encuentra contemplada en el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, se ha evidenciado que, cuando esta situación se presenta, la oficina de talento humano de cada entidad no tiene claridad respecto del procedimiento a seguir dado que en algunas ocasiones no se procede a la reubicación del servidor público vinculado en provisionalidad, ya sea por falta de un puesto similar o por motivos de presupuesto y en otras se evidencia renuencia de la entidad para nombrar al meritorio por falta de seguridad jurídica al mover al provisional.

En concordancia con lo anterior, algunas entidades optan por proteger al prepensionado manifestándole al ganador del concurso de méritos que será posesionado cuando quien ocupa su

cargo entre en la nómina de pensionados, en aras de evitar condenas en su contra. En otras ocasiones, la entidad posesiona al ganador del concurso y reubica en otro cargo en provisionalidad al prepensionado sin desmejorar su condición. De igual forma, se ha visto en la práctica que algunas entidades posesionan al ganador y retiran del servicio al prepensionado a expensas de enfrentarse a un juicio en donde resulte vencida la entidad y condenada a pagar salarios, prestaciones y demás indemnizaciones a que haya lugar.

Ahora bien, existe una escuela del derecho denominada análisis económico del derecho, la cual centra su estudio en la aplicación de las reglas de la microeconomía y la eficiencia al ámbito jurídico, que busca disminuir costos y riesgos y aumentar bienestar y calidad de vida para la sociedad.

En concordancia con lo anterior, desde el análisis económico del derecho no resulta viable para la administración tener vinculadas a dos personas para un mismo puesto, pues la falta de planificación presupuestal y los mismos recursos de la entidad, en muchas ocasiones no son suficientes para garantizar a las dos partes sus derechos y la obligación que en algunas oportunidades suelen imponer los jueces en sus providencias de reubicar o seguir haciendo los aportes a seguridad solo terminan por afectar la ejecución presupuestal de las entidades públicas, el cumplimiento de sus metas y por ende la prestación del servicio.

En cualquiera de las situaciones descritas, la persona que ve afectado sus derechos acude a la jurisdicción en busca de la protección y el restablecimiento de los mismos. Quizá el mecanismo judicial más utilizado, sin lugar a duda por su celeridad en la resolución de vulneración de derechos fundamentales, es la acción de tutela. No obstante, los afectados también pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, utilizando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto administrativo contrario a sus intereses.

Diferentes alternativas judiciales para la resolución de un mismo conflicto, ante la ausencia de criterios normativos claros a seguir en estas circunstancias, falta de criterios de unificación jurisprudencial y choque de precedentes tanto verticales como horizontales, los más perjudicados terminan siendo los particulares que fungen como servidores públicos o aspiran a llegar a serlo.

De lo anterior, se evidencia que la regulación normativa actual es incipiente y no contempla todas las situaciones que se pueden dar al interior de una entidad pública, lo que ha llevado a un choque de trenes entre las decisiones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en relación con el derecho de estabilidad laboral de los prepensionados nombrados en provisionalidad frente a los derechos de las personas que ganaron el concurso de méritos de dicho cargo, generando inseguridad jurídica para los administrados y las mismas entidades.

1.2 Justificación

Se ha evidenciado que a pesar de existir regulación normativa los jueces en sus decisiones estudian los derechos fundamentales enfrentados y las condiciones particulares de cada caso, lo que ha hecho que exista disparidad en las decisiones judiciales proferidas tanto por la Corte constitucional como por el Consejo de Estado, respecto al derecho de estabilidad laboral de los prepensionados nombrados en provisionalidad frente a los derechos de las personas que ganaron el concurso de méritos de dicho cargo; generando vulneraciones en los derechos fundamentales de las personas involucradas y repercusiones en el presupuesto de la entidad.

Resulta de relevante importancia analizar cómo pese a existir regulación normativa en ocasiones los jueces se apartan de ella para tomar la decisión que a su criterio sea la más ajustada a derecho, y las implicaciones económicas que estas decisiones generan. Incluso cuando los jueces deciden acatar lo establecido por el legislador y reubicar al provisional en condición de

prepensionado, se está generando un impacto económico en el presupuesto y funcionamiento de la entidad.

Así mismo, se pretende estudiar desde el punto de vista del análisis económico del derecho los efectos económicos que conllevan las decisiones de las altas cortes para dirimir el asunto que nos atañe, que pueda servir como herramienta tanto para jueces como para las entidades públicas a la hora de resolver éstas situaciones en el futuro, dado que uno de sus principales fines es “contribuir a la interpretación de la norma jurídica poniendo de manifiesto alteraciones incompatibles con los fines generales del legislador o inconsistentes con el resto de la normativa” (Rodríguez y Sánchez, 2012).

Para ello, se hará una descripción de los institutos jurídicos del mérito, la provisionalidad y el prepensionado; posteriormente se analizarán los mismos desde la escuela del análisis económico del derecho utilizando las reglas de la microeconomía y la eficiencia con el propósito de determinar los costos, riesgos y beneficios de cada una, para lo cual, con el ánimo de imprimir un toque de realidad a la teoría económica, se traerá a colación un ejemplo práctico relacionado con los agentes de tránsito de Bucaramanga y la Alcaldía del mismo municipio. .

Posteriormente, desde el plano de la jurisprudencia se revisarán las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con relación al asunto objeto de esta investigación, dado que estas sentencias son las que marcan las pautas jurisprudenciales a seguir y su precedente se convierte en obligatoriedad tanto para los jueces de menor jerarquía como los del mismo órgano salvo que éstos justifiquen razonablemente el hecho de apartarse al mismo.

La jurisprudencia anteriormente mencionada se estudiará dentro del periodo comprendido entre el año dos mil cuatro (2004), año en el cual nace el fuero de estabilidad laboral reforzada por pre pensionado bajo la figura del retén social y su evolución y protección hasta el año 2024.

Se pretende que los resultados del presente trabajo de investigación beneficien a las personas que quieran acceder a los empleos públicos por medio de los concursos de méritos, quienes se encuentran nombrados en provisionalidad y están en condición de prepensionados, las oficinas de talento humano de las entidades públicas, los funcionarios de la rama judicial que conocen de estos casos, entre otros.

Teniendo en cuenta que, el derecho opera como un marco institucional que permite dirigir las diferentes variables macroeconómicas tales como la inflación, el empleo o la inversión, así como otros asuntos relacionados con la distribución de los recursos y la Hacienda Pública (Piedrahita, 2012). Por ello, se hace necesario un estudio desde el análisis económico del derecho que permita generar puentes desde las demás áreas de trabajo, y contribuir a la explicación de conductas y la creación de derecho (Gutiérrez, 2012).

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Determinar la manera en que el análisis económico del derecho incide en la divergencia entre la estabilidad laboral de los prepensionados en provisionalidad y el concurso de méritos.

1.3.2 Objetivos específicos

- Describir las instituciones que han regulado el mérito, los empleados vinculados en provisionalidad y la estabilidad laboral de los prepensionados.
- Analizar las instituciones de la estabilidad laboral de los prepensionados, la provisionalidad y el concurso de méritos desde la escuela del análisis económico del derecho.
- Establecer las diferencias y similitudes entre las decisiones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

2. Marco referencial

2.1 Marco teórico

2.1.1 Paradigma, teoría general y teoría sustantiva

El enfoque epistemológico del presente trabajo de investigación es el análisis económico del derecho enfocado en la teoría denominada el problema del costo social de Ronald Coase, quien en articulación con la economía y desde la óptica del análisis económico del derecho plantea que toda transacción del mercado tiene un costo y se debe propender porque los jueces en sus decisiones tomen las de menor costo, permitiendo una mayor eficiencia en el mercado y las relaciones de la sociedad (Coase, 2011).

En el tema de estudio, se evidencia como colisionan los derechos fundamentales a la seguridad social, estabilidad laboral, mínimo vital y la vida en condiciones dignas del prepensionado, frente a los derechos a la igualdad y el mérito de los ganadores del concurso para los puestos de carrera administrativa. Ambos son derechos fundamentales por tanto merecen un análisis especial por parte de su juzgador, quien debe entrar a estudiar la solución jurídica que

resultaría más eficiente, aumentando el bienestar y la calidad de vida al mismo tiempo que disminuye los costos y riesgos de los mismos para decidir la alternativa que resultaría menos lesiva al núcleo esencial de los derechos en conflicto.

Por lo anterior, resulta de especial importancia analizar el costo económico que hay detrás de las decisiones de los jueces y la afectación de derechos para las partes implicadas en la disputa.

2.2 Estado del arte, estado del conocimiento o de la cuestión

Para empezar, se estudia el autor Edgar Enrique Martínez Cárdenas en su escrito denominado La carrera administrativa desde la jurisprudencia constitucional, el cual establece la regulación de esta, desde la Constitución Política en el Artículo 125, la creación de la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC) a través de la Ley 27 de 1992, la cual fue derogada por la Ley 443 de 1998, desarrollando los principios de igualdad e imparcialidad a través del mérito; además, trae a colación los sistemas específicos de carrera administrativa establecidos en la Ley 909 de 2004 y establece que éstos podrán ser realizados por las mismas entidades pero la vigilancia del concurso le corresponde a la CNSC (Martínez, 2008).

Así mismo, establece Martínez Cárdenas que la Corte Constitucional ha definido el empleo público como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se le asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado (Martínez, 2008).

Una vez establecida la carrera administrativa y sus antecedentes, se estudia a los autores Cabrera Erazo y Urrea Ramírez, dentro de su publicación investigativa sobre las garantías jurisprudenciales que ha definido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la estabilidad laboral reforzada en empleados públicos pre pensionado en cargos de provisionalidad

y los estándares fijados por la OIT, señalan que ante la ausencia normativa para la regulación de la disputa de derechos que surge entre los actores mencionados, el avance en la materia se ha dado por vía jurisprudencial (Cabrera y Urrea, 2023).

A pesar de los intentos por proteger al pre pensionado como sujeto de especial protección constitucional, los mismos se quedan cortos y no alcanza los estándares recomendados por la OIT; las altas cortes han optado por estudiar cada caso en concreto mediante criterios de razonabilidad y proporcionalidad para evitar perjudicar el núcleo esencial de los derechos de las partes implicadas.

Sin embargo, esta alternativa de regulación por vía netamente jurisprudencial atenta contra la seguridad jurídica, pues se evidencia como unos casos son fallados de “X” manera y otros como “Y”, dejando la decisión a expensas del pensamiento o corriente jurisprudencial de moda.

Por su parte, la autora Vergara Hernández en su estudio denominado Estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos provisionales, implementa una teoría según la cual, la permanencia en el tiempo del servidor público nombrado en provisionalidad y su buen desempeño en el cargo, hacen que este adquiera ciertos derechos que le deberían otorgar mayor estabilidad laboral, más aún cuando se aproxima el cumplimiento de los requisitos para adquirir la calidad de pensionado, sin estar dentro del término necesario para considerarse prepensionado (Vergara, 2015).

Ahora bien, no puede la autora pretender que la permanencia dentro del cargo en provisionalidad desdibuje su carácter de provisional, con el cual se da origen al nombramiento del servidor público, y le otorga ciertos derechos preferentes incluso frente a las personas que concursan y acceden al empleo público por medio del mérito. La anterior situación, atenta contra el sistema del empleo público, y la igualdad, transparencia y mérito que se predica de éste. Se hace

necesario destacar que el provisional permanece en calidad de tal a falta de que se surta el concurso y no por otra razón diferente.

De forma similar, los autores Antolínez y Galvis (2019), en su estudio denominado Derechos de los prepensionados frente a los concursos de méritos: la estabilidad reforzada de prepensionados en cargos de provisionalidad, llegaron a la conclusión que si bien es cierto un prepensionado nombrado en provisionalidad, goza de estabilidad laboral reforzada esta es relativa o intermedia, dado que como lo estableció la Corte Constitucional, la entidad en que se encuentre nombrado dicho servidor al momento de llegar la persona que ganó el concurso de méritos, no debe garantizar el cargo al pre pensionado de forma indefinida, pero si garantizar sus derechos sin vulnerar los derechos del ganador del concurso.

En el artículo denominado ¿Se vulnera el principio constitucional al mínimo vital y móvil en la desvinculación del prepensionado en provisionalidad a raíz del concurso de méritos? Los autores Montaña Cuero y Restrepo Ortega, hacen un recorrido normativo y jurisprudencial del tema, en donde concluyen que la protección al derecho mínimo vital y móvil es muy débil, pues solo se debe reubicar al pre pensionado si existe una plaza vacante y en caso contrario será retirado del servicio con la única obligación a cargo de la entidad de hacerse cargo de los pagos de la seguridad social hasta que otro empleador lo afilie o pase a ser pensionado (Restrepo y Montaña, 2022).

Según Restrepo y Montaña (2022), manifiestan que las cotizaciones al sistema de seguridad social no son suficiente, pues el derecho al mínimo vital y móvil va más allá de la seguridad social, y su vulneración afecta por conexidad otros derechos fundamentales, cuyo menos cabo terminaría perjudicando no solo al pre pensionado sino a su familia.

No obstante, la posición de los autores es demasiado proteccionista y deja de lado el concepto propio de prepensionado, el cual gira entorno a la persona que le faltan menos de tres años para completar la edad y las semanas de cotización al sistema de seguridad social para alcanzar el derecho pensional. Si lo que le falta a la persona son las semanas, la jurisprudencia reciente ofrece como solución la obligación a cargo de la entidad de pagar las cotizaciones, mientras el tiempo pasa y la persona cumple la edad. La extralimitación de la calidad de prepensionado buscando proteger toda una serie de derechos fundamentales, terminaría provocando que fuese casi imposible el retiro de un provisional para la posesión de quien ganó el concurso de méritos. Y ello terminaría afectando los derechos fundamentales del ganador del concurso u ocasionando que la entidad creará un nuevo puesto de trabajo para reubicar al prepensionado sin medir las consecuencias económicas de cada una de estas decisiones.

En concordancia con lo anterior, merece ser estudiado, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, como las decisiones que toman los jueces llevan implícitas consecuencias de contenido económico. Tal como lo demuestra Ronald Coase en su teoría denominada el problema del coste social, publicada por primera vez en 1960, en donde el autor se detiene a pensar en el trasfondo económico que tienen las decisiones judiciales, las cuales deben propender por alcanzar los fines de la manera más eficiente.

Coase conocido como el padre del AED desde la escuela de Chicago, publica la obra mencionada que le hizo merecedor del premio nobel de economía, considera al Estado como una súper empresa, de clase muy especial, capaz de influir en los factores de producción mediante decisión administrativa, definiendo a quien le corresponde modificar las condiciones de mercado, siendo la alternativa del coste menor, generando un mayor beneficio a la sociedad, siempre que se trate de derechos legítimos y personas con capacidad para reclamarlos (Coase, 2011).

Ahora bien, en el texto de la negociabilidad de los derechos laborales: un análisis económico escrito por Camilo Piedrahita Vargas, se puede avizorar como el autor establece la influencia que tiene el sistema jurídico sobre el sistema económico y viceversa. Y como desde el análisis económico del derecho se utilizan herramientas económicas para analizar los procesos de formación de la estructura y los efectos de las normas jurídicas, dirigiendo las diferentes variables de la macroeconomía como la inflación, el empleo, entre otras (Piedrahita, 2012).

En relación a la regulación normativa del derecho laboral en Colombia, Piedrahita concluye que existen profundas restricciones a la libertad negocial individual de derechos laborales, lo cual no permite cumplir con las características requeridas para maximizar la eficiencia del intercambio y por tanto de la eficiencia económica. (Piedrahita, 2012).

2.3 Marco conceptual

La presente investigación aborda el estudio de la estabilidad laboral reforzada de los empleados públicos prepensionados que se encuentran vinculados a sus cargos en provisionalidad y la tensión que llega a existir con el sistema de carrera administrativa, desde la visión del Análisis Económico del Derecho (AED).

Para abordar esta corriente, hay que señalar que el AED surge en la Escuela de Chicago, por medio de la cual se aplican los principios de la economía, en especial la microeconomía y la teoría de la eficiencia, para poder diseñar normas jurídicas desde un ámbito multidisciplinario. Según Coase (2011) en su teoría *“El problema del costo social”*, en la que dispone que en cualquier tipo de transacción recaen costos y que el derecho debe buscar un enfoque en llegar a un menor costo social y con ello hallar el mayor beneficio colectivo.

Por su parte, Posner (2007), quien es de los mayores exponentes del AED asevera que el derecho debe entenderse desde la eficiencia, comprendida desde la idea de la optimización del bienestar social mediante la asignación de mínimos recursos.

De conformidad a lo anterior y trayendo a colación la categoría de prepensionados, quienes han sido definidos a través del Decreto 190 (2003), se entienden como el trabajador al que le faltan tres años para cumplir la edad de pensión y las semanas de cotización, para obtener la pensión; pero este grupo a su vez puede estar en provisionalidad en los empleos, que corresponde a una figura excepcional mediante la cual le permite a la Administración suplir de manera temporal la vacante y se garantice la prestación continua del servicio (Decreto 1083, 2015).

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha reconocido a los prepensionados cómo sujetos de especial protección, al considerar que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, toda vez que se encuentran en dificultades para reincorporarse al mercado laboral (Sentencia T-638, 2016); por ello, impide a la administración pública la desvinculación de ese personal y le impone a las entidades la reubicación o pago de los aportes a la seguridad social (Ley 2040, 2020) (Sentencia SU-003, 2018).

Con los avances que ha tenido la jurisprudencia tanto constitucional y de lo contencioso, se ha venido cobijando más la protección especial a las personas prepensionadas en provisionalidad, sin embargo, aún persiste ausencia de unificación de consideraciones lo que implica que aun exista una tensión entre los ganadores de los concurso de méritos y del grupo de especial protección, teniendo en cuenta que también con la expedición de la Ley 1955 de 2019, la Ley 2040 de 2020 y el Decreto 1415 de 2021, se determina que no pueden ser ofertados los cargos que se encuentren ocupados por prepensionados en provisionalidad, además, que en caso de ser ofertados o se presente cualquier situación que implique que deba ser ocupado el empleo por el

ganador del concurso, debe darse la reubicación obligatoria. Y, por otro lado, persiste la temporalidad que tiene la vigencia de las listas de elegibles. Por ello, a pesar del avance tanto normativo como jurisprudencial existen vacíos del alcance y aplicación, generando la tensión de quien ocupa los empleos en provisionalidad y quien gana el concurso. (Sentencia SU-003, 2018) (Consejo de Estado, 2020).

Sin embargo, quienes se encuentre dentro de las dos categorías, prepensionados y en provisionalidad, y de conformidad a la teoría de Coase (2011), implica, en primera medida, que no se pierda una expectativa pensional, además que con esta decisión se reducen costos de exclusión y pobreza en la vejez, lo que puede generar un beneficio colectivo. Sin embargo, desde el AED, la permanencia de este grupo poblacional, implica que se incrementen los costos transaccionales y litigiosos (Posner, 2007).

Con la realización del concurso de méritos, se eligen aspirantes a los cargos vacantes, los cuales se les evalúan tanto su capacidades y competencias, eligiendo así a personal idóneo para ocupar el cargo evitando así el nombramiento a través de la discrecionalidad o clientelismo (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2021). A través de este, se garantiza la igualdad, transparencia y eficiencia que señala el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia (1991); sin embargo, la demora en su realización o aplazamientos también genera costos frente al campo litigioso, además de la existencia de una tensión entre los ganadores de los concursos y los prepensionados en provisionalidad, debido a que al Estado se le está imponiendo un mayor costo administrativo y presupuestal para evitar que estos últimos tengan un deterioro en sus condiciones de vida (Piedrahita Vargas, 2012), pero a su vez desde el AED, se refiere a que se generan efectos en el presupuesto de la entidad, la seguridad jurídica y en la equidad para el acceso a la función pública.

En síntesis, desde el Análisis Económico del Derecho, conforme a Coase (2011) y Posner (2007), el presente caso análisis de estudio, debe ser valorado no solo desde los costos de transacción, litigios y presupuesto frente a las obligaciones que le recaen al Estado, sino a su vez sobre los beneficios colectivos que surgen al garantizar la seguridad social y la reducción de riesgos de exclusión en la vejez. De este modo, el AED entra a revisar no solo el choque entre la normatividad y jurisprudencia, sino, se estudia desde la interdisciplinariedad la eficiencia, equidad y bienestar social, ello, garantizando dar soluciones jurídicas que permitan la protección de los derechos adquiridos con el fortalecimiento de la carrera administrativa.

2.4 Marco legal

Tabla 1. *Normativa y jurisprudencia relevante sobre provisionalidad, prepensionados y concurso de méritos*

Identificación	Año	Aporte a la investigación
Código Sustantivo del Trabajo	1951	Del cual se usa la definición del concepto de salario, y sus modalidades; del concepto de prima de servicio; obligaciones que tiene el empleador sobre su trabajador.
Constitución Política de Colombia	1991	La mencionada Carta Magna, se caracteriza por ser la norma suprema que rige todo el ordenamiento jurídico, y las decisiones judiciales. Los artículos 13, 25, 48, 53, 125, entre otros, son ejes fundamentales para el desarrollo de la presente investigación.
Sentencia C-074 de 1993	1993	Se refiere a la modificación de la estructura de la administración pública, indicando que la misma no es intangible y puede reformarse, sólo si el proceso se adelanta conforme a los mandatos constitucionales y protege a los derechos laborales de los servidores públicos.
Ley 790 del 2002	2002	La renovación de la estructura de la rama ejecutiva, generó la supresión de cargos ocupados por personas aptas de pensionarse, esta Ley le dio una especial protección a dichas personas, (entre otras) por considerarlos sujetos de especial protección dada su edad y el inminente peligro de quedarse sin trabajo y no alcanzar el derecho a la pensión.
Decreto 190 de 2003	2003	El cual reglamenta parcialmente la ley 790 de 2002.
Ley 909	2004	Regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, estableciendo las normas para el ingreso, permanencia, promoción y retiro de los servidores públicos.
T-768 de 2005	2005	Por medio de la cual, la Corte Constitucional determina que la protección a los sujetos de especial protección no está delimitada solo a aquellas entidades en procesos de fusión, re estructuración o liquidación, toda vez que dicha protección es la aplicación concreta de las garantías constitucionales.
C-795 de 2009	2009	Define el concepto de prepensionado.

Identificación	Año	Aporte a la investigación
Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01	2010	Hace un análisis de la Ley 71 de 1988, artículo 12 del Decreto 546 de 1971 y la Ley 790 de 2002.
Sentencia SU-917	2010	El órgano Constitucional determinó que la desvinculación de un servidor en provisionalidad solo puede hacerse mediante acto administrativo motivado. Dicho acto debe sustentarse en causas objetivas como concurso de méritos, sanción disciplinaria, evaluación insatisfactoria o razones específicas del servicio.
Sentencia T-498	2011	Se determinó que la desvinculación de una docente provisional prepensionada vulnera su mínimo vital y el de su madre dependiente. Por ello, ordenó su reintegro inmediato hasta la provisión definitiva del cargo.
Decreto 1083	2015	Establece la provisión de las vacantes y gestión de talento humano.
Sentencia C-285	2015	Establece al sistema de carrera como constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto de denominarlo como principio fundamental, pilar esencial y estructural de la Carta Política de 1991.
Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01	2016	Señala la definición del fuero de prepensionado y quienes son considerados prepensionados, además dispone que la persona que ya tiene las semanas de cotización no es prepensionado, porque el requisito de la edad puede cumplirse con o sin vinculación laboral.
Sentencia T-638 de 2016	2016	La Corte Constitucional señaló que la protección al prepensionado trasciende el ámbito legal y adquiere carácter suprallegal. Esta salvaguarda busca garantizar derechos fundamentales como la familia, la igualdad, el trabajo digno, la seguridad social y el mínimo vital.
Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01	2016	Determina el Consejo de Estado que puede considerarse perjuicio irremediable contra el mínimo vital, cuando el único ingreso sea el salario o mesada pensional. Establece que la carga de la prueba del perjuicio irremediable no la tiene el accionante. Señala también que los prepensionados tienen condición constitucional especial y no deben ser desvinculados de la entidad, sin embargo, no se puede desconocer los derechos del sujeto meritório.
Sentencia T-595	2016	Dispone que estabilidad laboral reforzada no es absoluta y que por ello la administración también debe actuar desde el criterio de razonabilidad y proporcionalidad al desvincular a prepensionados en provisionalidad.
Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01	2017	Diferencia el retén social creado por la Ley 790 de 2002
Sentencia SU-691	2017	La Corte Constitucional reconoció que la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con el fin de proteger la vejez digna, pero aclarado que no era absoluta la protección. Para ello, ordenó garantizar dicha protección sin desconocer los derechos de quienes acceden legítimamente al empleo público mediante concursos de mérito.

Identificación	Año	Aporte a la investigación
Sentencia SU-003	2018	La corte consigna su postura de no mantener en el cargo y en consecuencia desvincular, cuando solo falta cumplir la edad pensional y ya se tienen las semanas cotizadas
Sentencia T-084	2018	Estipula las razones por las que el trabajador puede ser despedido o declarado insubsistente
Ley 2040	2020	Entre otras disposiciones, establece la protección que se le dará a las personas en condición de prepensionados
Acuerdo No. 0165 CNSC	2020	A través del cual se reglamenta la conformación y uso del Banco Nacional de Lista de Elegibles.
Concepto 056631 DAFP	2022	El cual hace énfasis en el surgimiento del retén social y sujetos protegidos por esta figura.
Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01	2022	El Consejo de Estado confirmó que la desvinculación de un provisional para dar paso al nombramiento de un meritorio no desconoce derechos, dado que su estabilidad es relativa. Sin embargo, aunque los prepensionados deben ser los últimos en ser retirados, en este caso se dio prioridad a la aplicación a la lista de elegibles vigente.
Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01	2022	La Sala diferenció los conceptos de reintegro y reubicación
Sentencia T-433	2022	Establece que frente al conflicto entre un elegible en primer lugar y un servidor prepensionado en provisionalidad, debe privilegiarse el mérito. Sin embargo, al prepensionado se le debe reubicar en una vacante equivalente hasta completar las semanas necesarias para su pensión.
Sentencia T-253	2023	La Corte Constitucional ordena mantener en el cargo o uno equivalente a la accionante, para garantizar la estabilidad laboral reforzada como prepensionada; hasta completar las semanas requeridas para su pensión.
Sentencia T-052	2023	Se coloca de presente la tensión entre la protección a prepensionados y la prevalencia de la carrera administrativa, negando el reintegro inmediato dando prevalencia al concurso.
Circular Externa 2024RS004625 CNSC	2024	impone la carga a las entidades de apropiar y priorizar el monto de los recursos necesarios para desarrollar los procesos de selección destinados a la provisión por mérito de los empleos de carrera administrativa

3. Diseño metodológico o metodología

Tabla 2. Metodología

Tipo	Básica
Área del conocimiento	Jurídica
Nivel del conocimiento	Descriptivo
Enfoque	Cualitativo
Método	Objetivo 1: Histórico Objetivo 2 y 3: Deductivo y analítico

<i>Técnica</i>	<i>Documental</i>
----------------	-------------------

El presente trabajo de investigación es de tipo básico, y versa sobre el área del conocimiento jurídica o dogmática. El nivel del conocimiento es descriptivo, pues se pretende realizar un estudio de la evolución normativa de las instituciones jurídicas del mérito, la provisionalidad, la estabilidad laboral reforzada y de las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, desde la óptica del Análisis Económico del Derecho AED, sobre la disputa entre los derechos de los pre-pensionados en provisionalidad y los ganadores del concurso de méritos para dicho puesto, con el fin de establecer los costos que la disputa conlleva para cada una de las partes que conforman la mencionada relación triangular, ejemplificando los conceptos del costo total de un trabajador, a través de un ejemplo real tomado de los agentes de tránsito de Bucaramanga y la Alcaldía de dicha municipalidad, para concluir con las diferencias y similitudes en los criterios de decisión del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

El método del primer objetivo específico es histórico, pues se basa en la evolución histórica de la normatividad relacionada con el objeto de estudio. Los objetivos específicos dos y tres es deductivo y analítico, pues el análisis se centra en el análisis de respuestas a derechos de petición con información real de las entidades públicas mencionadas del municipio de Bucaramanga, el estudio de sentencias de las altas cortes de la jurisdicción constitucional y administrativa, y el análisis de eficiencia que dichas sentencias hacen respecto de los derechos fundamentales a la igualdad, el mérito, versus los derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas.

A su vez, éste trabajo tiene un enfoque cualitativo pues trata de identificar y describir los criterios que tienen los órganos de cierre en relación al tema de estudio y la influencia del análisis económico del derecho en estas decisiones.

Para lo anterior, la técnica a emplear es documental, pues se requerirá de las leyes, decretos y demás normativa que regulan las instituciones del mérito, provisionalidad y estabilidad laboral reforzada; así como las sentencias proferidas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, dicha información reposa en la página del Senado, función pública, y en la sección relatoria del sitio web de los máximos órganos judiciales en materia administrativa y constitucional.

4. Resultados

4.1 Instituciones que han regulado el mérito, los empleados vinculados en provisionalidad y la estabilidad laboral de los prepensionados

En el presente capítulo se abordarán las instituciones que han regulado el mérito, los empleados vinculados en provisionalidad y la estabilidad laboral de los prepensionados, mediante una descripción cronológica de las mismas, trayendo a colación la normatividad, doctrina y pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en la materia. Para lo cual se dividirá en dos secciones, una dedicada al mérito y otra a los prepensionados y, éstas se unirán dando cuenta del problema de investigación sobre el cual se centra el presente trabajo.

4.1.1 Del mérito y la carrera administrativa en el ordenamiento jurídico colombiano

En relación al mérito se hará alusión a los inicios de la meritocracia, su institución formal en la Constitución de 1991, la Comisión Nacional del Servicio Civil, el concurso de méritos, los diferentes sistemas de carrera administrativa, algunas de las dificultades que enfrenta el sistema, para terminar, haciendo énfasis en la provisionalidad como forma de proveer transitoriamente los empleos de carrera administrativa vacantes.

En Colombia se han realizado múltiples esfuerzos en pro de un país con igualdad de oportunidades, por ello, desde las Constituciones más antiguas se han establecido formas de acceder al empleo público que garantice dicha igualdad.

Según tesis realizada por Barrera Varela, desde las primeras constituciones del siglo XIX, se procuró determinar el ingreso a los cargos públicos por medio de un sistema de acceso igualitario y objetivo. Se creía entonces que los privilegios que se concedían, ya fuera por linaje o predestinación, para ocupar los cargos de rey, magistrado, legislador o juez, eran contrarios a los derechos de naturaleza (Constitución de la República de Tunja, 1811) (Barrera Varela, 2022).

Por su parte, como lo señaló Barrera (2022) citando a Salazar Cáceres, que en la Constitución de Cundinamarca de 1812 en el capítulo denominado “De los derechos del hombre y sus deberes”, estipulo en el numeral 5: “En virtud de la igualdad, todos los ciudadanos tienen derecho para obtener los empleos públicos y entre ellos no se debe conocer otra preferencia que la que dan el talento, las virtudes y el mérito” (p. 12).

Lo anterior, significó grandes avances en la materia de igualdad de oportunidades para acceder a cargos públicos; no obstante, la meritocracia no se consolida en Colombia sino hasta el artículo 125 de la Constitución Política de 1991; en el cual, se adoptó, el sistema de carrera como regla general de ingreso a la función pública, de la siguiente manera:

Artículo 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.

Los servidores, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción

Parágrafo. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido (Constitución Política de Colombia, 1991).

Así las cosas, debido a la creación del sistema de carrera como regla general, se vio la necesidad de crear una entidad encargada de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos excepción de los que tengan carácter especial; por lo cual, el artículo 130 de la Constitución Política de 1991, instauró para tal función a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC.

Si bien la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, nació con la Constitución Política de Colombia de 1991, no fue sino hasta el 7 de diciembre del año 2004 que se creó y tomó la responsabilidad de administrar el sistema de carrera administrativa en Colombia (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2021).

La Corte Constitucional ha establecido en diversas sentencias, la definición de la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, la cual es una sola, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades. Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden (Sentencia C-372, 1999).

Una vez establecido que es la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC; es pertinente estudiar qué es y cómo funciona el concurso de méritos. El concurso de méritos es considerado el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias y de toda influencia política, económica, familiar o de otra índole (Barrera, 2022).

La finalidad del concurso estriba, en últimas, en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel concursante que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido y posteriormente nombrado. El sistema de carrera administrativa preserva los derechos al trabajo, a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos, mediante el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático (Barrera, 2022).

La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público.

Lo que se busca por medio de esa reglamentación es la exigencia de que se aplique el sistema de carrera como regla general y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, buscando por una parte, la realización del principio constitucional a la igualdad en el acceso al empleo público y la estabilidad, por otra, la escogencia de los mejores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del mérito como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes deben laborar en las distintas ramas y niveles del sector público (Sentencia SU 133, 1998).

La sentencia C-588 de 2009, constituye un avance importante en materia del reconocimiento de la meritocracia como ingreso a la función pública en Colombia, la Corte Constitucional expuso que los principios constitucionales de carrera administrativa, mérito y

acceso igualitario a los cargos públicos, constituyen un eje axial del Estado Social de Derecho y por ello no pueden ser sustituidos de la Constitución de 1991; razón por la cual, el órgano constitucional declara la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2009, que permitía el ingreso automático en carrera de servidores en provisionalidad. La mencionada regla jurisprudencial se aplica nuevamente, en la sentencia C-249 de 2012, que pretendía, por medio del Acto Legislativo 004 de 2011, la homologación de experiencia y estudios adicionales a los requisitos del cargo, por la prueba de conocimientos de los concursos de méritos, en favor de los servidores en provisionales (Barrera, 2022).

Ahora bien, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como máximo controlador del tema que nos atañe ha definido la Carrera Administrativa en Colombia como un sistema técnico de administración de personal, que regula los procesos de selección, evaluación del desempeño, calificación, capacitación, estímulos y retiro de los servidores públicos y busca la profesionalización del Talento Humano del sector público, teniendo como principio de ingreso y ascenso a los cargos públicos, el mérito, con el fin de fortalecer la transparencia y el buen gobierno del país (Comisión Nacional del Servicio Civil, s.f.).

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004 define la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna (Ley 909, 2004)

La sentencia C-285 de 2015 señala que el sistema de carrera hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991 (Sentencia C-285, 2015).

En Colombia de conformidad al ente regulador de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil señala que se organiza en tres clases de sistemas:

- Sistema General, se aplica a las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva, de los niveles nacional y territorial, centralizadas y descentralizadas y aquellas relacionadas en el artículo 3 de la Ley 909 de 2004.
- Sistemas Especiales de Origen Constitucional, *“las carreras especiales son sistemas técnicos de administración de personal creados por la Constitución Política para entidades que no pertenecen a la Rama Ejecutiva o creadas por la ley. No están bajo la vigilancia y administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC.”*. La Sentencia C-285 de 2015 señala que los sistemas especiales de origen constitucional, por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, siempre con observancia de los principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad.

Se consideran sistemas especiales de origen constitucional los siguientes:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación
- Defensoría del Pueblo.

- Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal, son aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagrados en leyes diferentes a las que regulan la función pública de conformidad con el artículo 4 numeral 1 de la Ley 909 de 2004 (Comisión Nacional del Servicio Civil, s.f.).

Se consideran sistemas específicos los siguientes, el que rige para el personal vinculado en las siguientes entidades, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, Superintendencias, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Cuerpos Oficiales de Bomberos, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP (Comisión Nacional del Servicio Civil, s.f.)

Los sistemas Especiales de Origen Legal, en concordancia con la sentencia C-285 de 2015 se conciben como aquellos que a pesar de no tener referente normativo directo en la Carta Política, son una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública (Comisión Nacional del Servicio Civil, s.f.)

Se consideran sistemas especiales de origen legal los siguientes: Carrera docente, empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades

descentralizadas, adscritas y vinculadas, las fuerzas militares y la Policía Nacional. El que rige para para las contralorías de las entidades territoriales. Empleos del Congreso de la República. Carrera diplomática y consular (Comisión Nacional del Servicio Civil, s.f.).

A pesar de los grandes esfuerzos tanto del constituyente, el legislador y los órganos de cierre de la rama judicial, para diseñar un sistema robusto de carrera administrativa, aún existen falencias en el Sistema Meritocrático, una de ellas es, la tardanza en realizar los concursos, razón por la cual, los nominadores deben buscar la manera de proveer dichas vacancias para que la prestación del servicio y el funcionamiento de la entidad no se vean afectados.

En relación a la provisión de vacantes el Decreto 1083 de 2015, establece:

Artículo 2.2.5.3.1. Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo (Decreto 1083, 2015).

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en período de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda (Decreto 1083, 2015).

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. *Subrayado fuera del texto original* (Decreto 1083, 2015).

De igual manera, en relación a la provisión de vacantes temporales la norma establece:

Artículo 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo (Decreto 1083, 2015).

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerse mediante encargo con empleados de carrera (Decreto 1083, 2015).

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador (Decreto 1083, 2015).

Parágrafo. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma. *Subrayado fuera del texto original* (Decreto 1083, 2015).

Así las cosas, ésta claro que la Ley permite al nominador proveer los cargos que se encuentran en vacancia ya sea temporal o definitiva con personas que se encuentran por fuera del sistema de carrera administrativa, de manera excepcional, cuando dentro de la entidad no exista personal de planta que pueda ser encargado por no reunir los requisitos para el puesto.

Entonces se entiende que el encargo, prima por encima de la provisionalidad, la cual es residual, y aquel que pretenda ser nombrado en provisionalidad deberá cumplir con los requisitos

de experiencia y formación exigidos para el cargo a proveer, contemplados en la ley o el manual de funciones específicas de la entidad.

Como su nombre lo indica, el nombramiento provisional suele ser transitorio o temporal, mientras se surte el concurso de méritos para elegir conforme al sistema de carrera administrativa en términos de igualdad, atendiendo a criterios de mérito, a la persona con las aptitudes y habilidades para su desempeño.

Ahora bien, en relación a la provisión de empleo por vacancia temporal, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, establece que: “Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.” *Subrayado fuera del texto original* (Ley 909, 2004).

La anterior disposición normativa traída a colación, en su artículo 24 vislumbra que la duración o temporalidad del nombramiento provisional puede extenderse por todo el tiempo que dure la situación que dio origen a la vacancia. Toda vez que no establece ningún plazo en específico para dichos nombramientos en provisionalidad. A diferencia del nombramiento por encargo, en donde la Ley sí establece un periodo de 3 meses como máximo, el cual puede ser prorrogable por un término igual, si la situación persiste (Ley 909, 2004).

Por su parte, tratándose de empleos en vacancia definitiva, siempre que la misma no pueda ser proveída por medio del encargo, se autoriza de manera excepcional el nombramiento en provisionalidad hasta que se nombre en periodo de prueba a quien logre superar el concurso de méritos en posición de elegible ocupando el primer lugar y así sucesivamente en estricto orden de mérito, según el número de vacantes a proveer o las situaciones administrativas a que haya lugar.

No obstante, los nombramientos en provisionalidad pueden darse por terminados de manera anticipada, mediante resolución debidamente motivada, en concordancia con el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015. Lo anterior, con el propósito que la persona afectada, es decir el provisional que es retirado del servicio pueda ejercer su derecho de contradicción frente a las motivaciones expuestas (Sentencia T-007, 2008) (Sentencia T-326, 2014).

La Corte Constitucional estableció que la desvinculación de la persona nombrada en provisionalidad procede mediante acto administrativo motivado, el cual solo admite como criterios de motivación la provisión definitiva del cargo como producto del concurso de méritos, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria en la evaluación de desempeño, u otra razón específica en cuanto al servicio prestado y el que debería prestar el servidor en concreto (Sentencia SU-917, 2010).

Sin embargo, como se mencionó páginas atrás, uno de los problemas que aquejan la carrera administrativa, es la tardanza con que se realizan los concursos para acceder a los empleos públicos, la cual se puede dar a causa de diversos motivos, teniendo en cuenta la planeación, logística y costo que acarrea llevar a cabo un proceso de selección mediante concurso de méritos.

Es allí, cuando cobran relevancia las personas que se encuentran nombradas en provisionalidad, pues si bien la Ley establece que dicho nombramiento es excepcional y temporal o transitorio como su nombre bien lo indica, estas personas pueden llegar a cumplir años vinculados a una entidad pública como provisionales, cumpliendo sus funciones a cabalidad y coadyuvando a la prestación de un buen servicio por parte de la administración. Y el paso del tiempo puede hacer que cumplan con los requisitos para pensionarse o en su defecto que se encuentren próximos a lograrlo, adquiriendo la calidad de prepensionados.

En relación, a la última situación descrita en el párrafo anterior, el legislador en el párrafo segundo del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, prevé que dichos puestos no podrán ser ofertados por la CNSC hasta que la persona en provisionalidad haya alcanzado el derecho pensional, en aras de brindar una protección especial al prepensionado (Ley 1955, 2019).

El problema que salta a la vista, es cuando entre la planeación del proceso de selección y el tiempo que toma llevar a cabo las fases de un concurso, una persona nombrada en provisionalidad adquiere la calidad de prepensionado. Situación en la cual, la entidad pública se encuentra en medio de una encrucijada, pues por un lado tiene una persona con estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionado, y por otro lado tiene al ganador del concurso de méritos, quien superó todas las etapas del concurso en condiciones de igualdad y demostró ser la persona con las habilidades y aptitudes necesarias para desempeñar el cargo de la forma más idónea.

Para tal situación, el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, contempla que los provisionales en su condición de prepensionados y sujetos de especial protección constitucional, deberán ser reubicados en la entidad estatal antes de su retiro del servicio para el nombramiento en periodo de prueba del ganador del concurso de méritos y hasta que el provisional cumpla con los requisitos mínimos para acceder al derecho pensional (Ley 2040, 2020).

Entonces, se pueden presentar diferentes situaciones; que el provisional sea declarado insubsistente o no se sienta conforme con las acciones afirmativas que despliega la entidad pública para su protección, y se proceda a la vinculación del servidor de carrera administrativa en periodo de prueba, y sea el provisional quien active el mecanismo judicial para proteger sus intereses, o que la entidad pública no nombre el ganador del concurso de méritos aguardando a que el

provisional complete los requisitos para acceder al derecho pensional, mientras tanto pasa el tiempo, el cual corre en contra de la vigencia de las listas de elegibles.

Sin lugar a duda, cualquiera que sea el panorama, se derivan una serie de consecuencias de contenido económico a cargo de la entidad estatal involucrada y a favor o en contra de los sujetos que participan de dicha encrucijada, y son los jueces, en muchas ocasiones de tutela, los que terminan resolviendo estas controversias sin tener en cuenta el impacto económico para el presupuesto de la entidad.

4.1.2 Instituciones jurídicas que regulan la estabilidad laboral de los prepensionados

En la siguiente sección se describen las instituciones jurídicas que regulan la estabilidad laboral de los prepensionados, desde los orígenes del concepto de prepensionado en Colombia, la manera en que surge el mismo, su evolución, el concepto de fuero de estabilidad laboral reforzada, en qué consiste, cómo funciona y las acciones afirmativas determinadas por la Corte Constitucional para la protección especial del prepensionado.

Con el propósito de renovar la administración pública y modernizar la estructura de la rama ejecutiva, el día 27 de diciembre de 2002, el gobierno nacional expidió la Ley 790 (2002). La sostenibilidad financiera, el cabal cumplimiento de los fines del Estado y la atención a las necesidades de los ciudadanos, son los ejes centrales de la supresión, liquidación y fusión de las entidades u organismos nacionales que motivaron la expedición de la ley 790 de 2002, por parte del entonces presidente de la República como suprema autoridad administrativa, haciendo uso de las facultades extraordinarias otorgadas en la carta política, en el artículo 150 numeral 10.

Si bien la estructura de la administración pública no es intangible, puede reformarse tanto en su planta física como en el personal de la misma, la Corte Constitucional manifestó que:

La reforma de entidades y organismos del estado sólo es procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial los derechos laborales de los servidores públicos (Sentencia C-795, 2009, pág. 19).

Entonces, solo son procedentes los procesos de reestructuración a entidades que protejan los derechos de los trabajadores, por tanto, el retiro del personal debe ir siempre acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede en situación de desprotección, convirtiéndose el proceso de reestructuración en materialización de la injusticia social a manos del mismo Estado.

El legislador contempla medidas de protección para el retiro del personal, y presta especial atención a cierto grupo poblacional de mayor vulnerabilidad, creando una protección especial constitucional para: las madres cabeza de familia (aplica también para padres cabeza de familia), las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores públicos que a la fecha de la promulgación de la Ley estén a 3 años o menos de cumplir con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de jubilación o de vejez. Con el propósito de que estos servidores no fuesen retirados del servicio a causa de la renovación de la administración (Ley 790, 2002).

Dicha protección se conoció en su momento como retén social, encaminada a brindar un amparo especial a los servidores públicos que se encontrarán en situación de especial protección (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

No obstante, la aludida protección no era absoluta, dado que para otorgarse la misma, la entidad pública debía encontrarse en un proceso de rediseño institucional y el servidor público debía demostrar su condición especial, la cual a su vez podría ser verificada por la entidad. Entonces, el servidor público que pretendía la protección especial tenía el deber de allegar ante el

jefe de personal o quien hiciera sus veces los documentos para acreditar la condición invocada. Y así expedir el jefe de personal constancia por escrito.

A su vez, el Decreto 190 (2003), que reglamenta la Ley 790 de 2002, define al servidor próximo a pensionarse como:

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 (Decreto 190, 2003, art. 1, lit c).

Estos avances en la protección laboral del trabajador que está próximo a pensionarse, se constituyeron como los primeros en la materia, surgiendo la figura del prepensionado en el derecho laboral administrativo y sólo para aquellos servidores públicos de entidades que se encontrarán en supresión, liquidación o fusión, como consecuencia del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Las personas en condiciones de prepensionadas se consideran sujetos de especial protección constitucional dado su estado de debilidad manifiesta y vulnerabilidad, debido a la avanzada edad y las dificultades del mercado laboral para acceder a otro empleo, se tiene previsto que a una persona mayor, a la cual le es más difícil conseguir empleo, si se queda cesante a portas de cumplir los requisitos para obtener el derecho a la pensión, podría no completar las semanas por no conseguir otro trabajo formal que le permita alcanzar el tiempo de cotización dentro del sistema.

Así las cosas, según el artículo 13 de la Constitución recae sobre el Estado la obligación de velar por la igualdad real y efectiva en el trato a los grupos discriminados y proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es por ello, que desde el congreso se han expedido una serie de normas encaminadas a proteger a las personas en condición de prepensionados, buscando que las mismas conserven su empleo hasta que alcancen el derecho pensional.

Si bien la figura jurídica del prepensionado tiene origen en el marco legal, la Corte Constitucional considera que esta protección es supra legal, pues la misma se encamina a proteger toda una serie de derechos constitucionales y fundamentales, como son la protección a la familia, a la igualdad de oportunidades y no discriminación, al trabajo en condiciones dignas, la seguridad social entendida como un derecho fundamental y el derecho al mínimo vital (Sentencia T-638, 2016).

El órgano supremo constitucional definió el concepto de pre pensionado como:

Una 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 (Sentencia C-795, 2009, pág 26-27).

Ahora bien, la protección laboral reforzada que el legislador le otorgó a estas personas, se circunscribe al desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, se determinó que:

Dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado (Sentencia T-768, 2005, pág 19)

La protección mencionada responde a imperativos constitucionales que a su vez materializan los fines del Estado Social de Derecho. (Sentencia T-638, 2016). Por ende, resulta absurdo pensar que servidores públicos de carrera administrativa en la misma condición (a tres años o menos de cumplir los requisitos para acceder a la pensión) de entidades que no hagan parte del programa de renovación de la administración pública, sean declarados insubsistentes por motivos ajenos al programa de reestructuración de la administración pública, no obtengan la protección laboral reforzada.

En esencia, las consecuencias de una eventual vulneración de derechos y desprotección laboral son las mismas. Por ende, en virtud del principio de igualdad, y buscando proteger el derecho al trabajo y la seguridad social estos servidores merecen igual trato, permitiéndoles alcanzar el derecho pensional.

En el mismo sentido, el órgano constitucional considera que “si bien entre el trabajador del sector privado y el servidor público se presenta un desequilibrio por pertenecer a sectores diferentes, constitucionalmente se encuentran en la misma situación, y por tanto, debe dárseles el mismo trato” (Sentencia T-638, 2016). Lo cual resulta razonable, equitativo y ajustado a derechos por parte del juez constitucional (Sentencia SU-003, 2018).

Ahora bien, en relación al *fuero*, el mismo se define como “Protección de la estabilidad en el empleo de ciertos trabajadores, teniendo presente la vulnerabilidad derivada del ejercicio de ciertos derechos individuales o colectivos en el trabajo” (Real Academia Española, 2025).

El *fuero* comúnmente se denomina como estabilidad laboral reforzada, es decir, que el empleador no puede retirar al trabajador de su puesto de trabajo, pues se presumirá que lo hace en razón a la condición especial que pretende proteger el fuero, salvo se agoten los procedimientos

internos, administrativos y judiciales para el levantamiento del fuero o se implementen las acciones afirmativas para la protección.

A continuación, se ilustra los trabajadores que pueden ser merecedores a la protección del fuero laboral y la normatividad que los regula.

Tabla 3. *Fueros de estabilidad laboral reforzada*

Perfil del trabajador	Regulación
Personas con problemas de salud.	Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, SU 087 de 2022, T-195 de 2022, T-094 de 2023.
Personas en estado de embarazo, licencia de maternidad, periodo de lactancia o licencia de paternidad.	Artículo 239 del CST, SU 049 de 2017, SU 040 de 2018, Ley 2114 de 2021.
Personas a 3 años o menos de cumplir con las cotizaciones para acceder a la pensión.	Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, literal D artículo 8 de la Ley 812 de 2003, SU 897 de 2012, T-357 de 2016, T – 638 de 2016, SU 003 de 2018.
Trabajadores sindicalizados.	Artículo 405 del CST y siguientes, artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, artículo 36 Decreto-Reglamentario 1469 de 1978.
Personas que califiquen como cabezas de familia.	C-964 de 2003, C-044 de 2004, SU 388 de 2005, artículo 3 de la Ley 1232 de 2008.

Una vez visto el espectro de los sujetos cobijados por la protección, el fuero de la estabilidad laboral reforzada por pre pensionado que resulta de relevante importancia para esta investigación, consiste específicamente en la prohibición del despido sin justa causa del trabajador, (tratándose del sector privado) o del retiro del servicio al servidor público, (tratándose del sector público) que se encontraba vinculado a la carrera administrativa, a menos de 3 años del cumplimiento de los requisitos para alcanzar el derecho a la pensión.

Lo anterior, significa que, el trabajador eventualmente podrá ser despedido o declarado insubsistente siempre que:

- (i) exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada;
- (ii) cesen las condiciones que originan la especial protección; y (iii) existan razones

objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la desvinculación de la servvidora en particular, caso en el cual la carga argumentativa recae en la administración (Sentencia T-084, 2018, p. 53).

En virtud de que la protección ofrecida por el fuero es relativa y no absoluta, y la misma no conlleva a la prolongación indefinida del trabajador en su empleo.

Ahora bien, el límite de los 3 años se estableció por considerar que las personas que se encuentran en ese punto han avanzado un largo camino laboral realizando las cotizaciones al sistema de seguridad social y por tanto se considera que tiene una expectativa legítima de acceder al derecho a la pensión.

Inicialmente se tiene que los requisitos para acceder a la pensión son la edad y las semanas de cotización (régimen de prima media con prestación definida) o el capital acumulado (en el régimen de ahorro individual). Sin embargo, en términos de protección del fuero, resulta ser determinante las semanas de cotización por encima de la edad.

Pues si una persona ya tiene las semanas completas o el capital acumulado y solo le falta cumplir la edad para alcanzar el derecho pensional, no se encuentra cobijado dentro de la protección del presente fuero, dado que no se está vulnerando el derecho pensional, pues la edad es un requisito que se alcanza con el paso del tiempo, sin importar que la persona esté laborando o no (Sentencia SL 442, 2022) (Sentencia SU-003, 2018).

Para mayor claridad acerca de los supuestos que pueden presentarse y a los sujetos que se encuentran protegidos por el fuero de prepensionado, se realiza el siguiente cuadro:

Tabla 4. *Supuestos de protección del fuero de prepensionado*

Situación de la persona al momento de su desvinculación laboral	Protección del fuero de prepensionado
---	---------------------------------------

1. Estar a tres años o menos de cumplir la edad y las semanas cotizadas	✓
2. Estar a tres años o menos de cumplir la edad, pero le faltan más de 3 años para completar las semanas de cotización	✗
3. Estar a tres años o menos de completar las semanas y tener ya la edad	✓
4. Estar a tres años o menos de cumplir la edad y contar ya con las semanas requeridas	✗

Nota. Adaptado de *Sentencia T-055/20*, por Corte Constitucional de Colombia, 2020, Relatoría de la Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/t-055-20.htm>

En relación a las acciones judiciales para invocar la ilegalidad del pedido y obtener la protección del fuero de prepensionado, tratándose de los empleados del sector público, su desvinculación se debe hacer mediante acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, sobre el cual se deben agotar los recursos de la vía gubernativa, al ser un acto administrativo de carácter particular y concreto, para posteriormente proceder a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde se decidirá sobre la legalidad de dicho acto administrativo, que pueda producir su nulidad y en consecuencia el respectivo reintegro del servidor público (Ley 1437, 2011).

Tratándose de los trabajadores del sector privado, pueden acudir a un proceso ordinario laboral para debatir la legalidad del despido, solicitar como medida cautelar su reintegro en aras de evitar perjuicios irremediables y debatir probatoriamente si el despido fue ilegal o no para que el juez ordene el reintegro definitivo del trabajador junto con los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Subsidiariamente, procede la acción de tutela, a pesar de existir mecanismos judiciales, la jurisprudencia ha señalado que por ello no resulta improcedente la acción de tutela, pues dichos mecanismos judiciales deben ser idóneos y eficaces, caso en contrario podrían llevar a una vulneración de derechos del extremo débil de la relación laboral (Sentencia T-594, 2015).

En la práctica, los trabajadores suelen invocar la acción de tutela como herramienta transitoria para evitar perjuicios irremediables dada su inmediatez (Decreto 2591, 1991), con el propósito de evitar una vulneración o amenaza (Constitución Política de Colombia, 1991).

Así las cosas, le corresponde al juez de tutela analizar si en el caso en concreto se está ante una situación que amenace o vulnere derechos fundamentales, o para evitar un perjuicio irremediable ante la tardía resolución de los medios de defensa judiciales ordinarios.

En cuanto a las acciones afirmativas de la protección especial que el Estado ofrece a los prepensionados, como ya se mencionó páginas atrás, en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, se establece que los empleos vacantes de forma definitiva ocupados con personas vinculadas en provisionalidad, que ya ostenten la condición de prepensionado, no podrán ser ofertados en concurso de méritos hasta que dichas personas hayan alcanzado los requisitos mínimos necesarios para acceder al derecho pensional (Ley 1955 , 2019).

Lo anterior, resulta precavido y ajustado a derecho, pues protege al pre pensionado, permitiéndole consolidar su derecho pensional y evita generar un desgaste en cuanto a la planeación y ejecución de un concurso de méritos, previniendo generar expectativas a las personas que superen todo el proceso y obtengan posición favorable dentro de la lista de elegibles para ser nombrados en periodo de prueba.

Posteriormente, otro de los intentos del legislador para ampliar la protección a los pre pensionados se evidencia en la Ley 2040 de 2020, por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones, en el artículo 8 establece la protección que se le dará a las personas en condición de prepensionados, que se vean inmersos en programas de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, de la siguiente manera:

Artículo 8o. Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional (Ley 2040, 2020).

Parágrafo 1o. El Gobierno nacional reglamentará el presente artículo dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la ley, sin que superado este término el Gobierno nacional pierda la función reglamentaria (Ley 2040, 2020).

Parágrafo 2o. Los beneficios en materia de deducción de impuesto sobre la renta tributaria y los demás establecidos en la presente ley o en la normatividad legal vigente para el fomento de la contratación de los adultos mayores objeto de la presente ley, serán extendidos a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las de economía mixta.” (Subrayado fuera del texto original) (Ley 2040, 2020).

De lo anterior, se evidencia que, por mandato legal, las entidades públicas tienen la obligación de propender en la medida de lo posible por la reubicación en otro cargo, de igual o superior jerarquía, de tal manera que se garantice la estabilidad laboral y las respectivas cotizaciones al fondo de pensiones, hasta que el servidor público cumpla con los requisitos para el

derecho pensional. Y se pueda dar paso a la vinculación en periodo de prueba de la persona que supera el concurso de méritos en posición elegible para ser nombrado.

En concordancia con el parágrafo 1o. de la norma citada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1415 de 2021, mediante el cual modificó el Decreto 1083 de 2015, en relación a la protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados.

A manera de conclusiones tenemos:

Que si bien a través de la expedición de la Constitución Política de 1991 y con ello, la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil se consolidó la carrera administrativa y el principio del mérito como pilar fundamental del empleo público, estos vienen siendo disminuidos debido a las demoras sistemáticas que se presentan en la planeación y ejecución de los concursos de mérito, por esta razón se ha vuelto recurrente el uso de la figura concebida en principio como excepcional y temporal, que es el nombramiento provisional, con ello también para darle continuidad al servicio. Sin embargo, desde allí se desnaturaliza la carrera administrativa, demás que puede concebirse una inequidad entre quienes se presentan al concurso de méritos y los que ocupan el los cargos por largos periodos en provisionalidad; por lo que desde allí podría darse una mala imagen sobre la transparencia estatal desde la percepción ciudadana.

Por otro lado, que desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho garante con sus ciudadanos, la protección especial que le brinda en este caso a los servidores públicos que se encuentren ocupando un cargo desde la figura de la provisionalidad y que estén próximos a obtener su pensión, recae desde una situación de vulnerabilidad, teniendo en cuenta la edad y que con ello deriva una dificultad real para para vincularse nuevamente al mercado laboral, además de una expectativa de obtener su derecho pensional tras años de cotización. Sin embargo, este furo o

protección especial no puede entenderse como absoluta, sin embargo, para que la administración pueda desvincular a estos ciudadanos debe cumplir con cargas argumentativas y de procedimiento. En tal sentido la Corte Constitucional elevó esta protección a un rango *supra-legal*, en tal sentido fue resguardada con derechos fundamentales tales como el mínimo vital, la seguridad social y la no discriminación; evitando así que la administración pública incurra en decisiones discrecionales.

De igual forma, que teniendo en cuenta el fuero de estabilidad laboral para prepensionados se ha generado una tensión con los ganadores de los concursos de méritos; debido que, si bien en principio quienes participan en la carrera administrativa tienen como fin que sean las personas idóneas para ocupar los cargos, mientras que en los otros sujetos recae una protección reforzada para sujetos vulnerables. Debido a la existencia simultánea entre estos dos bienes jurídicos, ha dado pie a que se inicien litigios cuyas decisiones llegan a ser contradictorias, lo que generan inseguridad jurídica tanto para las entidades públicas como para los trabajadores. Por ello, se hace indispensables normas integrales para lograr la armonización entre los intereses tanto de los ganadores del concurso de méritos como de los prepensionados que se encuentren ocupando un cargo público en provisionalidad.

Sin embargo, con expedición de las normas más recientes como lo son la Ley 2040 de 2020 y el Decreto 1415 de 2021, se obliga que la entidades en caso que llegue el ganador del empleo del concurso de méritos, reubique a los prepensionados en cargos de igual o mayor rango mientras cumpla los requisitos de su derecho pensional. Con ello se reduce en una medida la disputa laboral y a su vez crea una seguridad jurídica; pero en la práctica lo que genera son retos a las entidades públicas debido a que deben tener disponibilidad de cargos para poder reubicar y con ello evitar que la vinculación de los nuevos servidores ganadores del concurso se prolongue en el tiempo; con

lo anterior se puede establecer que las normas trasladaron en conflicto de los litigios a algo estrictamente económico, al no contar con mecanismos de seguimiento y control.

Como ultima conclusión, se detalla que desde el análisis del derecho económico se logra evidenciar una gestión inadecuada debido a que se estarían generando consecuencias presupuestales frente a lo relacionado al bien jurídico de los servidores prepensionados, teniendo en cuenta que cada demanda judicial o trámite administrativo que tenga que ver o esté relacionado con este, puede recaer a la administración en condenas por reintegro, pagos de salarios que se dejaron de percibir durante el tiempo de su desvinculación, indemnizaciones que de lugar o sobre costos operativos que surjan. Por ello, debe fortalecerse la rapidez en la planeación de los concursos de méritos y con ello reducir al mínimo posible la provisionalidad, con ello se están optimizando el uso de los recursos públicos y mejora la credibilidad del ciudadano frente al Estado.

4.2 Análisis económico del derecho aplicado a la estabilidad laboral de prepensionados, la provisionalidad y el mérito en la función pública

En el presente capítulo se analizarán las instituciones de estabilidad laboral de los prepensionados, la provisionalidad y el concurso de méritos desde la escuela del análisis económico del derecho. Para lo cual se inicia con una breve introducción acerca del surgimiento, evolución, concepto y mayores exponentes del Análisis Económico del Derecho (AED). Haciendo especial énfasis en la teoría de Ronald Coase. Posteriormente, se analiza el costo de un trabajador, teniendo en cuenta todos los factores salariales, prestacionales y demás derechos que puedan tener un trabajador, los cuales acarrean un costo económico para la entidad empleadora. Para finalmente analizar cuánto puede invertir una entidad para llevar un puesto en vacancia definitiva a concurso público de méritos y los posibles resultados del mismo.

4.2.1. Del Análisis económico del derecho

Ahora bien, para empezar, es importante definir que el análisis económico del derecho (AED) es una corriente de pensamiento que estudia las normas jurídicas desde la perspectiva de la economía.

El economista Ronald Coase desarrolló una teoría jurídica y económica sobre los derechos de propiedad, conocida como el teorema de Coase. Para este autor, el análisis económico del derecho nace de la relación entre el derecho y la economía, la cual ha contribuido a entender cómo las leyes afectan el comportamiento de los individuos y las instituciones, y cómo esos comportamientos influyen en la eficiencia económica.

Así mismo, se encuentran otras definiciones del análisis del derecho como la del autor Bejarano, para quien el análisis económico del derecho se define como un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente la microeconomía y las bases conceptuales de la economía bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales (Bejarano, 1999).

Por lo anterior, una vez definido el análisis económico del derecho, diferentes tratadistas como Arjona y Rubio establecen que la relación entre el derecho y la economía se remonta de miles de años atrás, el Código de Hammurabi (1.700 a.C.) ya determinaba reglas en materia de salarios e intereses, y el Código de Shulgi (2000 a.C.) señalaba que la idea de restablecimiento de la justicia llevaba implícitos cambios en la situación económica. Esta innegable influencia ha evolucionado a lo largo de la historia, y ha permeado el pensamiento de múltiples economistas, inicialmente, y juristas, con posterioridad, para construir una metodología de estudio (Alarcón, 2018).

Sin embargo, los orígenes de las escuelas de análisis económico del derecho de Chicago y de Yale son atribuibles al temprano trabajo de unos pocos académicos, incluyendo el trabajo pionero de Ronald Coase y Guido Calabresi a inicios de la década de 1960 (Bejarano, 1999).

No obstante, se considera que, el análisis económico del derecho como disciplina autónoma se consolidó en 1973 con la publicación del *Manual Economic Analysis of Law* de Richard Posner, donde hace un estudio sistemático de la mayoría de los campos del sistema jurídico americano desde la perspectiva del análisis económico. Por primera vez aparecen incluidas en un trabajo las aplicaciones de la teoría económica a todos los ámbitos de la teoría jurídica, desde las ramas tradicionales del *common law* (propiedad, contrato, responsabilidad civil y penal) hasta los más variados temas de su aplicación como la legislación fiscal, la *antitrust*, el proceso judicial y la misma Constitución y a partir de esto, el análisis económico del derecho pasa a convertirse en una teoría institucionalizada dentro de la cultura jurídica contemporánea (Bejarano, 1999).

Ahora bien, es posible afirmar que, en este desarrollo intelectual además de Coase y Guido Calabresi, se encuentran los autores Harold Demsetz, John Barton, John P. Brown, Gary Becker, Henry G. Manne, Aaron D, entre otros (Coase, 2011).

Sin embargo, algunos autores, remontan el origen del Análisis Económico del Derecho, y en general, el vínculo entre la economía y el derecho, a los trabajos de autores utilitaristas como Cesare Beccaria y Jeremy Bentham, la economía política de Adam Smith y Karl Marx y la escuela institucional norteamericana con autores como John R Commons. Todavía es posible agregar a la obra de Wagner en torno a los efectos de los cambios en necesidades económicas sobre las instituciones legales (Coase, 2011).

Después de haber definido qué es el análisis económico del derecho y sus principales exponentes, se entrará a estudiar el teorema de Coase, para desde esta teoría analizar las instituciones de la estabilidad laboral de los prepensionados, y el concurso de méritos.

El teorema de Coase establece que, si los derechos de propiedad están bien definidos y los costos de transacción son cero, la negociación entre ambas partes conducirá a la asignación óptima de recursos en el mercado. De acuerdo con Coase, cuando las partes pueden negociar libremente y sin mayores costos, no importa qué parte tenga inicialmente el derecho de propiedad porque finalmente este quedará en manos de quien más lo valore. Así, el resultado final de la negociación conducirá a una eficiente asignación de los recursos (Universidad Francisco Marroquin, s.f.).

Para que se cumpla este teorema deben existir dos condiciones:

- Que estén absolutamente claros o clarificados los derechos de cada uno: se habla, sobre todo, del derecho de propiedad. El Derecho de cada parte que interviene estará indubitado lo que ocurre, por ejemplo, si existe un fallo judicial que fije quién tiene mejor derecho a algo. No importa quién tiene ese derecho de propiedad, pero debe existir un derecho de propiedad perfectamente definido a favor de alguien concreto.
- Que no existan costes significativos de transacción: que llegar a un acuerdo transaccional no suponga desembolsos adicionales importantes. Si llegar a la transacción supone tener que pagar otras cantidades adicionales el Teorema no funcionará. Además de estas dos condiciones también va a ser necesario que cada parte tenga muy claro el valor económico que le da a su Derecho, valor que será un dato subjetivo, pero al que se llega a partir de datos objetivos (Team System, s.f.).

El teorema de Coase afirma que, en presencia de costos de transacción bajos o inexistentes, la decisión del legislador o de un juez que asigna un derecho o una responsabilidad civil por daños no tiene incidencias en la eficiencia económica, ya que con posterioridad a la promulgación de la ley o de la sentencia, las partes pueden reasignar el derecho a quien pueda hacer un mejor uso del mismo. Lo anterior no quiere decir que la asignación de derechos por parte de la Ley o de la jurisprudencia sea inocua, ya que una delimitación inicial, aunque no sea eficiente, permite que los derechos puedan ser posteriormente reasignados a las partes que más los valoran. Expresado de la forma contraria, la ausencia o falta de claridad sobre los titulares de derechos hará imposible su circulación en una economía de mercado (Gaviria y Plata, 2012).

Coase argumenta que, en la medida que los costos de transacción sean bajos o inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente, se producirá una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque las cortes fallen en contra de éstos. Esta proposición es la que se conoce como Teorema de Coase (Coase, 2011).

Ahora bien, para Coase los costos administrativos de organizar las transacciones dentro de la firma pueden también ser altos, y particularmente cuando se realizan muchas actividades distintas dentro del control de una sola organización. Los costos administrativos pueden ser tan altos que hagan imposible cualquier tentativa de manejar el problema dentro de los confines de una sola empresa. Una solución alternativa es la regulación directa por parte del Gobierno.

El Gobierno es, en cierto sentido, una súper empresa (pero de una clase muy especial), ya que es capaz de influir en el uso de los factores de producción mediante decisiones administrativas. Está claro que el Gobierno tiene poderes que lo capacitan para obtener ciertas cosas a un costo

menor que una organización privada, o en ciertas circunstancias de manera gratuita, como en el caso de los convenios interadministrativos.

Sin embargo, la máquina administrativa del Gobierno no es, en sí misma, gratuita, por el contrario, puede ser en ocasiones extremadamente costosa, pues el solo funcionamiento de la maquinaria estatal genera un costo elevado, adicionalmente cuando el Estado adquiere bienes o servicios encaminados al cumplimiento de sus fines, éstos mismos deben comprarse de acuerdo a las normas de contratación estatal y su valor se encuentra sujeto a una serie de descuentos legales, por lo que no suele ser el mismo del mercado común.

Pese a las regulaciones zonales y restrictivas, realizadas por una administración falible sujeta a presiones políticas y que opera sin el aliciente competitivo, no hay razones para pensar que ello necesariamente incrementará la eficiencia con que opera el sistema económico. Además, tales regulaciones generales deben imputarse a una amplia variedad de casos que resultan ser aplicados en algunos de ellos de forma inadecuada. De estas consideraciones se deduce que la regulación gubernamental directa no necesariamente presenta mejores resultados que la solución de mercado o a través de la empresa. Pero igualmente, no hay razón por la que, en ocasiones, tal regulación administrativa gubernamental no deba conducir a un aumento de la eficiencia económica (Coase, 2011).

El problema que se enfrenta al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente restringir a los responsables de los mismos. Lo que se debe decidir, es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones

económicas sobre cómo han de emplearse los recursos. Se parte de la idea que las Altas Cortes están conscientes de esto y que a menudo realizan, aunque no siempre en una forma muy explícita, una comparación entre lo que se ganaría y lo que se perdería evitando las acciones que tienen efecto dañino.

Sin embargo, la delimitación de derechos es también el resultado de la aplicación de las leyes, en donde se evidencia una reciprocidad en el problema de la eficiencia económica en la garantías y respaldo de los derechos por parte de la autoridad judicial, pues si bien el juez evidencia que para garantizar un derecho debe tomar una decisión desposicionada en materia económica, son pocos los que se detienen a pensar en ello, o aun haciéndolo, los que después de ponderar los derechos en cuestión vs el costo de la materialización de los mismos, se niegan a conceder derechos solo por lo que ello le costaría al Estado, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales en sede de tutela.

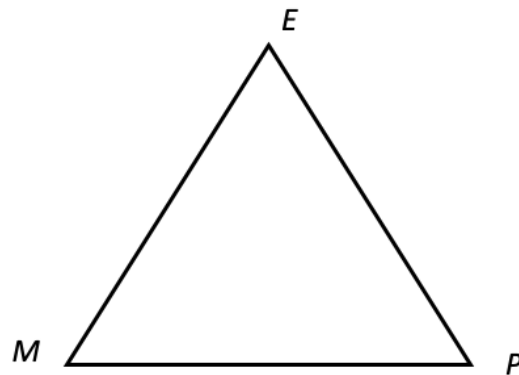
Para explicar el teorema de Ronald Coase, se trae a colación el ejemplo del panadero cuya maquinaria, con sus ruidos y vibraciones, perturbaba el trabajo de un médico. Mientras que evitar daños al médico, le ocasiona perjuicios al panadero. Por lo que se debe determinar quién va valorar más el derecho y por qué se debe limitar el derecho al otro.

Haciendo un paralelo del ejemplo anterior, propio de la teoría de Ronald Coase, pero aterrizado al tema del presente trabajo de grado, se pretende asemejar el mismo con la situación de conflicto presentada entre el ganador del concurso de méritos que busca su nombramiento vs la persona nombrada en provisionalidad que ha cumplido los requisitos para obtener la condición de prepensionado, en medio del transcurso del concurso, sumado a las implicaciones económicas que esto conlleva para la entidad estatal, ya sea en razón a las acciones afirmativas que buscan proteger

al prepensionado o de las eventuales condenas que puedan darse con ocasión de los fallos judiciales por abstenerse de nombrar al meritorio o remover el provisional de su cargo.

Para ilustrar mejor el ejemplo se expone la siguiente imagen:

Figura 1. *Relación triangular.*



E representa el Estado por medio de la entidad estatal que actúa como empleadora; *P* representa el provisional en condición de prepensionado; *M* representa el meritorio que busca su vinculación producto del concurso de méritos.

¿Cuál de los extremos de la relación triangular descrita en el párrafo anterior se encuentra en mejores condiciones para asumir el costo que ello implica? Teniendo en cuenta que el costo de la relación no es cero, hay que analizar a cuál de los extremos le resulta menos costoso asumir las consecuencias, y adicionalmente, con el paso del tiempo ¿quién le daría un mejor uso al derecho?, pudiendo ser reasignado por las mismas partes, como quedó expuesto en páginas anteriores.

4.2.2 Del costo real de un trabajador

Para ello se considera importante analizar el costo de un trabajador para el empleador, en este caso para la entidad pública, son varios los factores que se deben tener en cuenta, sin embargo resulta de relevante importancia aclarar que, la vinculación del servidor público, es decir si el mismo está nombrado en provisionalidad o tiene derechos de carrera administrativa, o incluso si es sujeto de especial protección constitucional, son situaciones accesorias que no afectan o influyen en el factor salarial, las prestaciones sociales a que tiene derecho o los beneficios legales y extralegales a los que puede acceder por parte de la entidad.

A efectos de hacer más práctica la dinámica del presente capítulo, se solicitó vía derecho de petición a la Alcaldía del Municipio de Bucaramanga y la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, compartir información sobre el valor de los costos directos e indirectos que implica tener un servidor público vinculado, específicamente en lo relacionado con agentes de tránsito.

4.2.2.1 Salario. El salario de conformidad al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, se concibe como la contraprestación económica en retribución del servicio prestado, y constituye uno de los elementos esenciales para que exista un contrato de trabajo (Código Sustantivo del Trabajo, 1951). Esto quiere decir que, no es posible hablar de trabajo o relación laboral sin que medie una remuneración de tipo económico a cambio del mismo.

En relación a la definición de salario la Corte Constitucional expresó:

La Constitución no ha señalado reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, los elementos que lo integran ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, dichos aspectos corresponden a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y

razonabilidad, que necesariamente deben consultar los principios básicos que aquella contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad (Sentencia C-521, 1995, pág. 6).

El salario, a la luz del Código Sustantivo del Trabajo (1951), puede ser fijo o variable, según se trate de remuneración por tarea, a destajo, o por unidad de trabajo (Decreto 2663, 1950, art. 176. A su vez el mismo podrá ser pactado en especie, entendiéndose aquel como toda remuneración ordinaria y permanente que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio. Y tiene unos límites o topes en cuanto al valor total del salario, siendo el 30% para aquellos trabajadores que devengan el salario mínimo y el 50% para aquellos que tienen un salario superior al mínimo (ibidem, art. 129). Se encuentra prohibido expresamente por la Ley, que el pago del salario se realice por medio de mercancías o fichas, asemejando a un trueque (ibidem, art.136).

Tratándose de los servidores públicos, su asignación salarial se encuentra previamente fijada por medio del estudio técnico que determinó la necesidad de crear el cargo, según su denominación, grado, código, propósito, funciones, requisitos de experiencia y formación académica (en los casos en que le sean aplicables). Y dicha asignación básica salarial se ve incrementada cada año en un valor igual al IPC del año inmediatamente anterior, más el porcentaje que acuerde el gobierno nacional en negociaciones con representantes de centrales y federaciones sindicales de los empleados públicos, a que haya lugar.

Ahora bien, para efectos prácticos del ejemplo práctico mencionado, se escogió el cargo denominado Agente de Tránsito, Código 340, Grado 01, Nivel Técnico, el cual, para la vigencia

2024 contó con una asignación salarial de \$3.723.625 según manifestó la Dirección de Tránsito de Bucaramanga mediante oficio No. 188-2024 de fecha 05 de diciembre de 2024.

Es importante resaltar que de conformidad al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, existen otros factores que pueden llegar a constituir salario. Si bien ya se mencionó el salario en especie y sus topes establecidos por Ley, puede presentarse incentivos, bonificaciones, bonos, entre otros, que al tornarse habituales o periódicos constituyen salario, y como tal deberán ser tenidos en cuenta a la hora de liquidar las prestaciones sociales de los trabajadores (Código Sustantivo del Trabajo, 1951).

Así las cosas, se tiene que constituye salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio”. (Sentencia C-521, 1995)

No obstante, a través del artículo 128 del Código Sustantivo del trabajo, establece algunos pagos que puede recibir el trabajador y no necesariamente constituyen salario, entre los cuales se encuentran:

Las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 128).

Al respecto se ha señalado que: “los pactos de exclusión salarial no pueden instrumentalizar para desagregar el salario básico y por esa vía reducirlo, eliminando de esa condición ciertos pagos

que por su naturaleza la tienen”. Buscando así evitar el ánimo defraudatorio a los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador (Ámbito Jurídico, 2023).

En relación a la jornada laboral de los empleados del sector público, la misma comprende un total de 44 horas a la semana, según el Art. 33 del Decreto 1042 (1978). Las cuales son distribuidas por el jefe de la entidad y de acuerdo a la necesidad del servicio.

Ahora bien, en algunas circunstancias especiales, por la demanda del trabajo y la misma necesidad del servicio por parte de la entidad, se puede dar lugar a trabajo suplementario o extra *Art. 168, Decreto Ley 3743, 1950*, el cual debe estar previamente autorizado por escrito, especificando las labores a realizar, y encontrarse dentro del marco de la disponibilidad presupuestal de la entidad (Decreto 0301, 2024)

En todo caso, conforme al Decreto 0301 (2024) para que proceda el reconocimiento del trabajo suplementario el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19, y dicha remuneración no podrá exceder más del 50% de la remuneración mensual de cada servidor.

La remuneración del trabajo suplementario conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo (1951) deberá ser tomada en cuenta como parte integrante del salario y consecuentemente hacer parte de la base salarial a la hora de liquidar las prestaciones sociales del trabajador.

Para el ejemplo que se analizará a lo largo de este capítulo, según información suministrada por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, los agentes de tránsito laboran turnos rotativos de 8 horas, con descanso de un fin de semana cada quince días. Lo que implica que normalmente laboren en días domingos y festivos. Adicionalmente, la entidad manifiesta que los turnos inician

y terminan según la necesidad del servicio, con lo que se generan recargos nocturnos a favor de los servidores públicos.

Analizada una muestra tomada de los desprendibles de nómina correspondientes al mes de diciembre de 2024, de los agentes de tránsito de Bucaramanga, se puede determinar un valor promedio del trabajo suplementario de la siguiente manera:

Tabla 5. *Valor promedio del trabajo suplementario*

Agentes	Extras diurna	Extras nocturnas	Extras festivas	Recargo nocturno	Recargo festivo
1	\$387.878	\$407.271	\$135.757	-	-
2	-	-	-	\$347.538	\$744.725
3	-	-	-	\$97.745	\$744.725
4	-	-	-	\$119.466	\$744.725
5	-	-	-	\$195.490	\$744.725
Valor promedio	\$77.575	\$81.454	\$27.151	\$152.047	\$595.780

Nota. Adaptado con base en la respuesta al derecho de petición oficio No. 017-2025 de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga (2025).

4.2.2.2 Prestaciones Sociales. Se entiende por prestaciones sociales, las obligaciones a parte del salario que están a cargo del empleador o del sistema de seguridad social y se reconocen en favor de todas las personas vinculadas mediante un contrato de trabajo.

La Corte Constitucional definió las prestaciones sociales como “*aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral*” (Sentencia C-892, 2009). Y a su vez divide las prestaciones sociales en comunes y especiales de la siguiente manera:

- Las comunes: Deben ser asumidas por todo empleador, sea persona natural o jurídica, o el capital que conforma la empresa, y que refieren a las prestaciones por accidente y enfermedad profesional, auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado y vestido, protección a la maternidad, auxilio funerario y auxilio de cesantía.
- Las especiales: Las cuales sólo son exigibles para determinadas modalidades de patrono y previo el cumplimiento de las condiciones que para su asunción prevea la ley laboral, emolumentos entre los que se encuentra la pensión de jubilación (en los casos excepcionales en que no es asumida por el sistema general de seguridad social o los regímenes especiales), el auxilio y las pensiones de invalidez (cuando este riesgo no sea asumido por las administradoras de riesgos profesionales), capacitación, primas de servicios y el seguro de vida colectivo, entre otros (Sentencia C-892, 2009).

Cabe destacar que el accidente y la enfermedad profesional son entendidos hoy por hoy como laborales, sin distinción alguna del nivel de escolaridad del trabajador, en concordancia con la modificación de riesgos profesionales a riesgos laborales, contenidas todas estas en la Ley 1562

(2012) *“Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”*.

4.2.2.2.1 Auxilio de transporte. Es una prestación, a cargo del empleador y en favor del trabajador, creada por la Ley 15 (1959), “Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, se decreta el auxilio patronal de transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones”. con el cual se pretende auxiliar como su nombre lo dice, a los trabajadores con los gastos que deben incurrir en el transporte para desplazarse de su hogar a sus lugares de trabajo y viceversa.

Dentro del artículo 1 del Decreto 1250 (2017), se establece los criterios para que un trabajador tenga derecho a acceder al auxilio de transporte se encuentran: i) Devengar como máximo dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. ii) Que la entidad no suministre el servicio de transporte. iii) Que el empleado no se encuentre disfrutando de vacaciones, ni en uso de licencia, o suspendido en el ejercicio de sus funciones.

El valor del auxilio de transporte es fijado por el gobierno nacional, y cada año recibe un ajuste para evitar que pierda su poder adquisitivo y pueda satisfacer el propósito para el cual fue creado.

Si bien el valor del auxilio de transporte no se computa como parte integrante del salario, pues no está pensado para retribuir la prestación del servicio, por ficción legal, debe ser tenido en cuenta para liquidar otras prestaciones sociales tales como: prima de servicios y cesantías. No obstante, no ocurre lo mismo al momento de liquidar las vacaciones (Ámbito Jurídico, 2011).

Téngase en cuenta, por el monto del salario, los agentes de tránsito del municipio de Bucaramanga, no tienen derecho a recibir auxilio de transporte, puesto que su asignación salarial mensual supera el monto económico para el cual está previsto dicho auxilio monetario.

4.2.2.2.2 Cesantías. Se define como “Prestación a cargo del empleador, cuya finalidad es constituir un ahorro a favor del trabajador, del que pueda disponer cuando quede desempleado” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018).

Se constituye como una obligación en cabeza del empleador, en donde al trabajador le corresponde un mes de salario por cada año de servicio, o proporcional al tiempo trabajado, si fuese menos de un año. Valor que se expresa en la siguiente fórmula:

Figura 2. *Fórmula de cesantías.*

$$\text{Cesantías} = \frac{(\text{Salario} + \text{Aux. Transporte}) * \text{Días trabajados}}{360}$$

Inicialmente, conforme el artículo 14 de la Ley 10 (1934) define al auxilio de cesantías surge como una indemnización a los empleados del sector privado que son despedidos. Con la Ley 6a (1945) el auxilio de cesantías se concibe como prestación social, que debe ser pagada a los trabajadores que quedan vacantes, sin importar el motivo del retiro. Posteriormente, con la Ley 65 (1946) se extiende este auxilio económico a los trabajadores del sector público.

Con la Ley 50 (1990), se introduce el actual régimen de cesantías, el cual empezó a regir a partir del 01 de enero de 1991. Conforme al artículo 3, ibidem, dispone que al trabajador le asiste

el derecho de escoger el fondo de cesantías en donde quiera que sea consignada su prestación económica, y el empleador tiene como plazo máximo para consignar la misma hasta el 14 de febrero del año siguiente al que se causa el derecho.

En caso de que el empleador incumpla con la obligación de consignar la mencionada prestación dentro del plazo establecido, el Art. 99, ibidem, contempla una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retraso (Ley 50, 1990).

Ahora bien, siguiendo con la dinámica del ejemplo práctico, el valor correspondiente al auxilio de cesantías de un agente de tránsito del municipio de Bucaramanga para la vigencia 2024, fue el siguiente:

Figura 3. *Fórmula de cesantías aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.*

$$\text{Cesantías} = \frac{(\$3.723.625) * 360}{360} = \$3.723.625$$

Téngase en cuenta, que el salario del agente de tránsito excede del monto establecido por ley para obtener el auxilio de transporte razón por la cual, no recibe dicha suma, ni se tiene en cuenta para liquidar prestaciones sociales.

No obstante, cabe recordar que los agentes de tránsito realizan trabajo suplementario, el cual debe ser tenido como parte integrante de su salario, y ello podría hacer que varíe el valor del salario sobre el cual se liquide el auxilio de cesantías en cada caso en particular.

4.2.2.2.3 Intereses a las cesantías. De conformidad al inciso 3ro del artículo 99 de la Ley 50 (1990), señala que el empleador se encuentra obligado a reconocer un interés del 12% anual o proporcional por fracción, sobre el valor de las cesantías liquidadas para cada vigencia.

El valor de los intereses sobre las cesantías se expresa en la siguiente fórmula:

Figura 4. *Fórmula de intereses a las cesantías.*

$$\text{Intereses Cesantías} = \frac{\text{Cesantías} * \text{Días trabajados} * 0.12\%}{360}$$

El mencionado valor, conforme el numeral 2 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, deberá ser cancelado directamente al trabajador, en el mes de enero del año siguiente en el que se causaron, o en el mes siguiente a la fecha de retiro del trabajador. Ahora, el numeral 3 del artículo 1 ibidem, señala que en caso de que el empleador no realice el pago dentro del tiempo establecido, deberá pagar el doble del valor de los intereses liquidados, como indemnización al trabajador (Ley 52, 1975).

Para el ejemplo práctico que se ha venido desarrollando en este capítulo, en relación al agente de tránsito del municipio de Bucaramanga durante la vigencia 2024, los intereses sobre las cesantías se pagaron así:

Figura 5. *Fórmula de intereses a las cesantías aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.*

$$\text{Intereses Cesantías} = \frac{\$3.723.625 * 360 * 0.12\%}{360} = \$446.835$$

4.2.2.2.4 Prima de servicios. El artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo (1951), señala que esta prestación consiste en el pago de un mes de salario por cada año de trabajo, y se cancela en dos pagos, de la siguiente manera: Para la prima correspondiente al primer semestre del año, el plazo máximo es el 30 de junio y para la prima correspondiente al segundo semestre del año, la fecha límite de pago es el 20 de diciembre.

En el caso en que el trabajador no tenga un año completo laborando, para el mismo empleador, tiene igual derecho a esta prestación, la cual se liquidará de manera proporcional al tiempo laborado.

La fórmula matemática que expresa el valor de la prima es la siguiente:

Figura 6. *Formula de prima de servicios.*

$$\text{Prima de servicios} = \frac{(\text{Salario} + \text{Aux. Transporte}) * \text{Días trabajados en el semestre}}{360}$$

En concordancia con el ejemplo que se ha estado analizando a lo largo de este capítulo, para los agentes de tránsito de DTB, el valor de prima de servicios durante la vigencia 2024, fue el siguiente:

Figura 7. *Formula de prima de servicios aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.*

$$\text{Prima de servicios} = \frac{\$3.723.625 * 180}{360}$$

Al igual que se expresó en el auxilio de las cesantías, el trabajo suplementario realizado por los agentes de tránsito puede dar lugar a variaciones en el salario sobre el cual se liquide esta prestación social en cada caso en particular.

4.2.2.2.5 Dotación. Consiste en la obligación a cargo del empleador de hacer entrega al trabajador, de un vestido y calzado para que este último pueda desempeñar a cabalidad sus labores.

Conforme la norma, esta deberá entregarse de manera gratuita, y periódica cada cuatro meses, siempre y cuando el trabajador haya laborado al menos tres meses de manera ininterrumpida con antelación a la entrega de la dotación (Decreto 1978, 1989).

Estipula el artículo 3 ibidem, que las fechas estipuladas por la ley para dar cumplimiento a esta obligación son: 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre. Así como el artículo 3 ibidem, señala que, el salario del trabajador que recibirá la dotación deberá ser inferior a 2 SMLMV (Decreto 1978, 1989).

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social expresó en el Concepto No. 00203 del 12 de enero de 2006, manifestó que es válido hacer entrega de bonos para que el trabajador reclame en almacenes el vestuario y calzado que requiere para desempeñar sus funciones (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

Previamente, la Corte Constitucional en Sentencia C-710 del 09 de diciembre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, el pago de la prestación no puede ser permitido durante la vigencia de la relación laboral, toda vez que esta no busca enriquecer al trabajador, por lo que no constituye salario, por el contrario, se entiende como un derecho irrenunciable. Y su pago sólo se admitirá, cuando finalizado el vínculo laboral, el trabajador demande por no haber recibido la misma (Sentencia C-710, 1996).

Tratándose de los agentes de tránsito, resulta relevante señalar que la dotación de ellos se encuentra reglamentada por el Decreto 2885 de 2013 y la Ley 1310 de 2009, debido a las funciones que realizan para las cuales visten uniforme que los identifique, el cual se puede acondicionar de acuerdo a las necesidades del servicio y las características climáticas.

La dotación de los agentes de tránsito incluye tres uniformes completos al año, con sus respectivas insignias y equipo. Retomando el ejemplo práctico de los agentes de tránsito de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, durante la vigencia 2024, los costos de la dotación por valor unitario para un agente de tránsito varón (en el entendido que para las mujeres algunas prendas del vestuario pueden variar) fueron los siguientes:

Tabla 6. *La dotación de los agentes de tránsito de Bucaramanga, vigencia 2024*

Item	Detalle	Valor unitario (incluye IVA)
1	Breaches	\$227.766
2	Kepis masculino	\$168.861
3	Pantalones bota recta	\$204.918
4	Corbata y Corbatín	\$46.172
5	Camisas hombres	\$191.709
6	Camisetas	\$34.748
7	Par de botas motociclista caña alta	\$601.902
8	Botín (par) media caña en cuero y lona impermeabilizada	\$356.286
9	Impermeable (pantalón, chaqueta y bolso)	\$295.953
10	Batolas	\$79.492

Item	Detalle	Valor unitario (incluye IVA)
11	Chaqueta Azul	\$287.385
12	Cordones de mando	\$50.337
13	Cinturón multipropósito	\$72.114
14	Silbato	\$53.074
15	Bolso negro	\$74.137
16	Placa metálica	\$53.074
17	Escudo metálico de Bucaramanga	\$52.955
18	Cinta métrica	\$142.919
19	Par cucardas	\$49.147
20	Par de presillas	\$29.869
21	Plantillas	\$20.230
22	Diseño	\$64.379
23	Guantes (par)	\$214.438
24	Chaleco	\$222.173
25	Casco	\$750.414
26	Intercomunicador	\$355.929
Valor total dotación por un (1) agente de tránsito		\$4.700.381

Nota: Adaptado con base en Dirección de Tránsito de Bucaramanga & Military Industries S.A.S., 2024.

Cabe mencionar, que la anterior información se extrajo del contrato No. 348-2024 celebrado entre la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y Military Industries SAS, mediante el cual la entidad adquirió la dotación para los agentes de tránsito en la vigencia 2024.

Sin embargo, el contrato mencionado, se celebró en el mes de octubre de 2024, dejando un interrogante sobre si la entidad cumplió a cabalidad con las tres entregas de dotación en las fechas estipuladas por Ley, y cómo deberían ser estas, si totales o parciales, en el entendido que la dotación para los agentes de tránsito resulta bastante costosa como se observa, y se compone de algunos elementos que podrían no requerirse sustituir tan pronto, por cuestiones de uso o vida útil.

4.2.2.3 Obligaciones y derechos. Dentro de este acápite se describirán algunas obligaciones a cargo del empleador, que se constituyen en derechos de los trabajadores, e

implícitamente conllevan un costo económico, que como se verá, en ciertas ocasiones es compartido entre los extremos de la relación laboral.

4.2.2.3.1 Seguridad social. Se tiene como una de las prestaciones sociales más relevantes debido al conjunto de entidades que hacen parte del sistema integrado de seguridad social (EPS, AFP, ARL, etc.) y a los riesgos que el mismo protege, tales como: enfermedad, maternidad, paternidad, vejez, invalidez y muerte, entre otros.

Conforme los artículo 17 y 161 de la Ley 100 (1993), señala que la afiliación al sistema de seguridad social corre por cuenta del empleador, y los aportes al mismo están distribuidos por mandato legal en porcentajes del ingreso base de cotización, siendo una obligación del empleador realizar los mismos. Asimismo, el artículo 22 ibidem, le otorga la facultad de descontar del salario de los trabajadores el porcentaje a cargo de éstos. Y aun si el empleador no hiciera los descuentos, deberá responder por la totalidad de los aportes al sistema de seguridad social.

Por lo anterior, se tiene del artículo 161 ibídem, que de la omisión en la afiliación o en el pago de los aportes, acarrea que el empleador deba asumir personalmente los costos y riesgos protegidos por el sistema, además de las multas o sanciones a que haya lugar. (Ley 100, 1993)

Ahora bien, en la siguiente tabla se ilustra un ejemplo práctico con el agente de tránsito del municipio de Bucaramanga, y sus aportes mensuales al sistema de seguridad social:

Tabla 7. *Aportes mensuales al sistema de seguridad social de un agente de tránsito de Bucaramanga*

Concepto	Porcentaje del salario	Valor	Persona que asume el valor
Salud	4%	\$148.900	Trabajador
Salud	8.5%	\$316.600	Empleador
Pensión	4%	\$148.900	Trabajador
Pensión	12%	\$446.900	Empleador
Riesgos laborales	4.35%	\$162.000	Empleador
Caja de compensación	4%	\$148.900	Empleador
SENA	3%	\$111.800	Empleador
ICBF	2%	\$74.500	Empleador
Valor total mensual por agente de tránsito		\$1.558.500	

Nota: Adaptada de la respuesta de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga a un derecho de petición (Oficio No. 027, 7 de marzo de 2025).

*La presente información fue calculada con un salario básico mensual de \$3.723.625.

* Los agentes de tránsito se encuentran afiliados a riesgo 4, y no están sometidos a ningún régimen especial de pensión.

4.2.2.3.2 Vacaciones. Son un derecho que se le reconoce a todos los trabajadores dependientes por el tiempo laborado. Al cumplir un año trabajando al servicio del mismo empleador, el trabajador adquiere el derecho de disfrutar de un descanso remunerado, de quince (15) días hábiles consecutivos remunerados.

No obstante, si la relación laboral termina antes de que el trabajador pueda disfrutar de sus vacaciones, tendrá derecho a que estas se le compensen económicamente en proporción al tiempo laborado.

En la Sentencia C-019 de 2004, el máximo órgano constitucional estudió la exequibilidad del artículo 27 de la ley 789 de 2002, el cual contemplaba el derecho a vacaciones solo para aquellos empleados que llevaban más de tres (3) meses continuos al servicio de un mismo patrono, declarando dicha normatividad inexecutable. (Sentencia C-019, 2004)

Lo anterior, en el entendido que las vacaciones son un derecho que se atribuye con el simple paso del tiempo laborado, y no existe justificación alguna para desconocer un periodo de tiempo efectivamente laborado (Sentencia C-019, 2004).

Las vacaciones se fundamentan en el derecho al descanso, pues después de que una persona entrega su fuerza de trabajo al servicio de un empleador durante cierto tiempo, el cuerpo humano requiere descansar para recuperarse física y mentalmente, compartir con la familia y amigos, disfrutar del ocio o simplemente cambiar de actividad, para luego volver a retomar labores renovado de nueva energía.

El derecho al descanso es fundamental y el Estado es el primero en defenderlo mediante regulaciones normativas, como parte de la reivindicación de los trabajadores, buscando un equilibrio social justo, entendiendo que el trabajador ha ayudado a su empleador a construir riqueza mediante su esfuerzo.

En relación a la finalidad de las vacaciones, la Corte Constitucional, manifestó que:

El empleador tiene el deber de causar contablemente las vacaciones y la obligación de pagar al trabajador dentro de los términos de Ley... El empleado tiene derecho al disfrute de un tiempo libre a título de vacaciones, durante el lapso legalmente causado y con el pago previo de ese derecho, pues no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a “disfrutar” sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico. Claro es que unas vacaciones carentes de recursos se tornarían en un hecho contraproducente a los intereses y derechos del titular y su familia, ante la permanencia del gasto que implica su existencia y desarrollo. (Sentencia C-019, 2004)

Se tiene en relación al numeral 2 del artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo (1951), que en el caso en que el trabajador devengue un salario variable las vacaciones deberán ser

liquidadas con el promedio de los salarios obtenidos durante el año inmediatamente anterior a ser concedidas.

La fórmula matemática por medio de la cual se expresa el valor de las vacaciones es la siguiente:

Figura 8. *Formula de vacaciones.*

$$\text{Vacaciones} = \frac{\text{Salario} * \text{Días trabajados}}{720}$$

No obstante, estipula el Código sustantivo del Trabajo, la posibilidad de que, por solicitud del trabajador, hasta la mitad de las vacaciones sean pagadas en dinero y no disfrutadas. (Art. 189 CST) Sin embargo, el descanso efectivo no podrá ser inferior a seis (6) días hábiles (Código Sustantivo del Trabajo, 1951).

En el sector público, de conformidad al artículo 29 del Decreto 1045 (1978), las vacaciones solo podrán ser pagadas en dos circunstancias específicas y excepcionales: i) Para evitar perjuicios en la prestación del servicio público. ii) Por el retiro definitivo del servicio sin que hubiere alcanzado a disfrutar de las vacaciones.

Siguiendo con el ejemplo del agente de tránsito de Bucaramanga, el valor correspondiente a vacaciones durante la vigencia del año 2024, en el entendido en que las mismas van a ser disfrutadas, que el agente laboró todos los días de año inmediatamente anterior, y no hubo lugar a trabajo suplementario que incrementará la asignación básica salarial, se expresa así:

Figura 9. *Fórmula de vacaciones aplicada a agente de tránsito de Bucaramanga.*

$$\text{Vacaciones} = \frac{\$3.723.625 * 360}{720} = \$1.861.812$$

4.2.2.3.3 Capacitación. Sinónimo de formación, se define como “el conjunto de actividades didácticas o de enseñanza y mejoramiento de las capacidades de trabajo que se ofrecen a los trabajadores de una organización o empresa. Tienen como objetivo expandir sus conocimientos, habilidades o aptitudes” (Concepto, 2025).

La Constitución Política de 1991, en su artículo 54 contempla como una “*obligación a cargo del Estado y los empleadores de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran*” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Ahora bien, tratándose de trabajadores vinculados a una empresa privada o entidad del estado, el empleador asume la obligación de capacitar al trabajador, suministrando los conocimientos y medios necesarios para poder desarrollar la labor para la cual fue contratado.

La Ley 734 (2002), en el artículo 33 contempla los derechos de los servidores públicos, y en su numeral 3 establece “recibir capacitación para el mejor desempeño de sus funciones”. En la misma Ley, el artículo 34 enuncia los deberes de los servidores, siendo el numeral 40 “capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función”.

Existen diferentes tipos de capacitaciones, algunas pueden ser presenciales, virtuales, con conferencias en vivo o material digital grabado y diversas actividades en plataformas dinámicas. La Ley no establece la manera en que se deban impartir las capacitaciones, dejando al arbitrio del

empleador, de acuerdo al presupuesto y disponibilidad de tiempo de que disponga la forma de realizarlas.

Se le preguntó vía derecho de petición a la Alcaldía del municipio de Bucaramanga, el valor aproximado de los costos en que incurre por concepto de inducción y capacitación del personal que labora en la entidad, a lo cual contestó mediante el oficio No. Consecutivo 2-SSA-202412-00100171 lo siguiente:

En los últimos años ejecuta su Plan Institucional de Capacitación con el apoyo de otras entidades del estado, como son la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y el Departamento Administrativo de la Función Pública, que ofrecen distintas acciones de formación y capacitación, las cuales no generan ningún costo para la Administración Municipal. De igual manera, varias de las actividades de capacitación se ejecutan directamente con profesionales y Contratistas, quienes son los encargados de impartir estas actividades (Área de Gestión del Talento Humano. Alcaldía de Bucaramanga, 2024, pág 2).

Lo anterior, demuestra diferentes maneras en que las entidades pueden acceder a capacitación y formación de calidad para sus empleados, de manera gratuita o a muy bajo costo, cumpliendo con los requerimientos legales y manteniendo actualizados los conocimientos de sus empleados y colaboradores, en pro de la prestación de un servicio óptimo y de calidad, a la vez que se cuida el gasto presupuestal de la entidad.

Cabe destacar que las Administradoras de Riesgos Laborales también brindan capacitaciones gratuitas a las empresas que vinculan a sus trabajadores con ellas.

Para finalizar, la Alcaldía del municipio de Bucaramanga, mediante el oficio mencionado, manifestó que a pesar de haber acudido a diferentes entidades estatales para apoyar su Plan

Institucional de Capacitación durante la vigencia 2024, el valor de la inversión en capacitación correspondió a \$100.000.000 del cual se beneficiaron 280 personas, con lo que se deduce que la inversión para cada beneficiario fue de \$357.142 aproximadamente.

4.2.2.3.4 Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo. Se tiene dentro del artículo 2.2.4.6.4 del Decreto 1072 de 2015, que este consiste en el desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua en relación a los riesgos que se pueden presentar en el ambiente laboral, a la vez que mejorando las condiciones laborales. Lo cual se realiza mediante ciclos de PHVA (Planificar, Hacer, Verificar, Actuar) (Ministerio del Trabajo, 2015).

Este sistema debe ser liderado e implementado por el empleador, quien a su vez asume los gastos necesarios para llevarlo a cabo, sin embargo, sobre el trabajador recae la responsabilidad de asistir a las capacitaciones, seguir las indicaciones y recomendaciones. Evocando la premisa consagrada en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo (1951), que enuncia las obligaciones de los extremos de una relación laboral, debiendo el trabajador obediencia y fidelidad a su jefe, mientras el empleador debe velar por la protección y seguridad de aquel.

La normatividad contempla como una responsabilidad de los trabajadores, sin distinción del sector al cual se encuentren vinculados, de procurar cuidar su salud, suministrar información clara, veraz y concreta sobre estado de salud, cumplir las recomendaciones, normas y directrices del SG-SST, en concordancia con el artículo 2.2.4.6.10 del Decreto 1072 de 2015.

El mismo Decreto Único del Sector del Trabajo 1072 de 2015, en el libro 2, Parte 2, Título 4, Capítulo 6, regula las disposiciones para la implementación y desarrollo del SG-SST, donde se hace alusión no solo a la relación entre empleador y trabajador, sino también a la de contratante y

contratista o colaboradores, en el entendido de que el tipo de vinculación no debe ser un factor determinante para la prevención y protección de riesgos (Decreto 1072, 2015).

La Resolución No. 0312 (2019) expedida el 13 de febrero y emitida por el Ministerio del Trabajo, establece en su artículo 3 los estándares del SG-SST dependiendo de las condiciones de la empresa, empleador persona natural, o contratante, dentro de los cuales se encuentran:

- La asignación de la persona que diseña el sistema de gestión SST, en el entendido que debe ser una persona capacitada y habilitada para ello.
- La afiliación al sistema de seguridad social integral.
- Capacitación en SST.
- Plan Anual de Trabajo.
- Evaluaciones médicas ocupacionales.
- Identificación de peligros, evaluación y valoración de riesgos.
- Medidas de prevención y control frente a los peligros y riesgos identificados.

Todo lo anteriormente mencionado hace que la implementación y actualización del SG-SST sea algo costoso para los empleadores, pero se consideran como costos que estos deben asumir a cambio del esfuerzo físico que ponen los trabajadores en el cumplimiento de sus labores, ayudando a generar riqueza para el empleador, frente a lo cual resulta razonable que sea el extremo fuerte de la relación laboral el que cuide por el bienestar de los trabajadores, tratándose del sector público es la entidad estatal quien encarna al empleador y los servidores públicos a los trabajadores.

Como estrategia para evidenciar que los empleadores y contratantes cumplan con los mínimos requeridos para dar cumplimiento a la normatividad que regula el SG-SST, anualmente las empresas deben realizar una autoevaluación de estándares mínimos y planes de mejoramiento

del SG-SST ante el Ministerio del Trabajo, dentro de los primeros dos meses del siguiente año, y de no hacerlo podría recibir diversas sanciones por parte del ministerio.

No obstante, sobre las administradoras de riesgos laborales, recae la vigilancia delegada del SG-SST y la normatividad que la regula, y en caso de encontrar incumplimientos o irregularidades podrán informar a la dirección territorial del Ministerio del Trabajo.

Así mismo, el incumplimiento de las normas que reglamentan lo concerniente al SG-SST podrán ser sancionados con multas hasta de 500 SMLMV dependiendo de la gravedad de la infracción, y en caso de reincidencia el Ministerio del Trabajo podrá ordenar la suspensión de actividades de la empresa hasta por 120 días o el cierre de la misma, lo anterior garantizando siempre el debido proceso (Ley 1562, 2012, Art.13).

Tratándose del accidente laboral que ocasione la muerte del trabajador, por incumplimiento de las normas del SG-SST, la multa será entre los 20 a 1.000 SMLMV destinados al Fondo de Riesgos Laborales (Ley 1562, 2012, Art.13).

Mediante oficio No. Consecutivo 2-SSA-202502-00007622 la alcaldía del municipio de Bucaramanga manifestó que en promedio anualmente dispone de un presupuesto de \$480.000.000 para sufragar los gastos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, del cual se benefician 600 servidores públicos, lo que significa una inversión de \$800.000 aproximadamente por cada servidor al año.

4.2.2.3.5 Plan de bienestar. Como su nombre lo indica, es un plan pensado en el bienestar de los servidores públicos, que a su vez contribuye con la mayor productividad y eficiencia en el desarrollo laboral, en el cual se puede decir que todos los extremos de la relación laboral ganan.

Se compone de un conjunto de beneficios económicos y no económicos, que busca contribuir al mejoramiento de la calidad de vida del servidor e incluso de los miembros de su familia.

El tema de bienestar laboral se encuentra ampliamente reglamentado para el sector público, comenzando por el Decreto Ley 1567 de 1998 *“Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado”*, el cual en el título II establece el sistema de estímulos para los empleados del Estado.

Posteriormente, con la Ley 909 (2004) *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”* en el artículo 36, el legislador insta a las entidades públicas a implementar programas de bienestar e incentivos para sus empleados, con el propósito de elevar los niveles de eficiencia y satisfacción de los empleados en el desarrollo de sus labores, contribuyendo al cumplimiento de las metas institucionales.

Dentro de las medidas laborales que contribuyen al bienestar de los empleados, se encuentra el teletrabajo reglamentado por la Ley 1221 (2008), el cual le permite a los trabajadores en general, cumplir con sus labores sin necesidad de estar físicamente en el sitio de trabajo, haciendo uso de las TICs, permitiéndole compartir con sus familiares en casa y disfrutar de la comodidad del hogar.

También cabe destacar, la profesionalización de los servidores públicos, independiente de su vinculación con la entidad, los permisos no compensados para estudiar, y los auxilios económicos para que los servidores puedan acceder a estudios de calidad que les permitan superarse como personas y profesionales, dándoles la oportunidad de ascender laboralmente, a la

vez que contribuyen a la prestación de un servicio público calificado, respetando los límites disponibilidad presupuestal de cada entidad.

Otra de las medidas implementadas es el uso de la bicicleta para ir al trabajo, la Ley promueve este medio de transporte para que los trabajadores en general, se desplacen de sus casas al sitio de trabajo, otorgando incentivos como días libres, mientras se mitiga el impacto ambiental de los vehículos automotores, y se contribuye a mejorar tanto la movilidad de las ciudades, como la salud de los trabajadores (Ley 1811, 2016, Art. 5).

Las denominadas salas amigas de la familia lactante, son otra muestra de los esfuerzos del legislador que buscan proteger el bienestar tanto de las servidoras públicas como de sus familias, adecuando espacios dentro del sitio de trabajo para que las trabajadoras mamás puedan extraer y conservar adecuadamente la leche materna, con la posteriormente podrán alimentar a los bebés ante la ausencia temporal de la madre (Ley 1823, 2017, Art. 2).

Algunas entidades, dentro de sus planes de bienestar laboral contemplan el denominado descanso compensado para épocas de fin de año y semana santa, permitiendo a los trabajadores disfrutar con sus familias y descansar.

La normatividad que regula el tema de bienestar laboral, no fue pensada por el legislador dependiendo del sector (público o privado) en que labore el trabajador o servidor público, pues el tema de bienestar es algo que debe trascender e impactar en la vida de los trabajadores sin importar la calidad del empleador.

Cada entidad pública es autónoma para adicionar beneficios en sus planes de bienestar laboral, de acuerdo a las necesidades de los servicios, y el presupuesto de cada entidad, buscando mantener unos estándares altos de bienestar para sus empleados, con elementos que contienen el

denominado salario emocional, obteniendo a cambio una mayor productividad y eficiencia por parte de sus servidores públicos, contribuyendo al cumplimiento de las metas institucionales.

Todas las estrategias del plan de bienestar laboral, contienen implícitamente un valor económico que asume el empleador, el cual se tiene como una inversión, buscando los beneficios o retribuciones ya mencionados en relación con la productividad.

4.2.2.3.6 Costos indirectos y operacionales incalculables. Como su nombre lo indica, estos costos se derivan de manera indirecta por el hecho de tener un empleado vinculado. Corresponden a los costos de la operación o el desempeño de las funciones del servidor público dentro de la empresa o entidad, tales como: escritorio, equipo de cómputo, impresión, escáner, silla, útiles de papelería, el espacio físico que ocupará el servidor, el cual puede ser junto a otros servidores públicos o una oficina exclusiva para él, ello depende generalmente del nivel del cargo que ocupe el empleado.

A lo anterior también vale la pena sumarle los costos de luz, agua e internet que consume el servidor público dentro de las instalaciones destinadas para el desempeño de sus funciones.

Ahora bien, se tienen como incalculables, porque en relación a los primeros costos, el valor de los mismos depende tanto de las características del mobiliario y los equipos tecnológicos que se requiera para el desarrollo a cabalidad de las labores contratadas, así como de la manera en que se adquiere, o modalidad contractual por medio de la cual se compran (tratándose de las entidades estatales), lo anterior, en relación a los precios del mercado en el momento de hacer la adquisición. Adicionalmente, estos solo se adquieren de manera esporádica, cuando se presente la necesidad por parte de la entidad.

Se podría traer a colación el ejemplo de un contrato de adquisición de mobiliario o equipos de cómputo celebrado por alguna entidad pública, pero ello resulta impráctico, toda vez que analizar el mismo solo permitiría concluir el valor de los equipos o implementos que adquirió la entidad para suplir la necesidad contractual prevista y al costo de los precios del mercado en ese momento en específico, por tal motivo se han de considerar incalculables, sin dejar de ser tenidos en cuenta, toda vez que son gastos en que debe incluir la entidad para que los servidores públicos puedan dar desempeñar adecuadamente sus funciones.

Similar situación se presenta en cuanto a los gastos de servicios públicos, pues en cuanto a los servicios de agua y luz, su valor varía mensualmente de acuerdo al consumo, a excepción del internet, el cual se contrata por una cantidad determinada de megas con un valor fijo mensual. No obstante, a pesar de intentar sacar un promedio mensual de consumo de servicios públicos por servidor público, el resultado que arroje el ejercicio sería alejado de la realidad, pues no todos los trabajadores consumen lo mismo, ello depende en gran medida de las funciones que cada uno desempeñe, adicionalmente puede haber servidores bajo la modalidad de teletrabajo y similares, que cumplan sus funciones sin presencia física en las instalaciones de la entidad.

Por lo anteriormente descrito, es importante tener en cuenta estos gastos, toda vez que son costos que debe asumir la entidad pública al momento de vincular un servidor público, pero determinar su valor fijo, o promedio, resulta incalculable o en su defecto impráctico.

4.2.3 El costo del mérito

En este apartado, se pretende analizar el costo de la carrera administrativa y los concursos de mérito, para lo cual se analizarán los costos en los que debe incurrir una entidad al momento de

ofertar por medio de una convocatoria pública los cargos que se encuentren vacantes de manera definitiva y los posibles resultados que arroja un concurso.

Es importante recordar, que la carrera administrativa se tiene como la regla general para los nombramientos de los cargos públicos en Colombia, exceptuando los cargos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, los trabajadores oficiales y las demás excepciones consagradas en la Ley.

Para la provisión de los cargos que pertenecen a la carrera administrativa, se deben surtir ciertas etapas propias del proceso de selección o concurso, dentro de las cuales se encuentran: i) La convocatoria, ii) El reclutamiento, iii) Las pruebas, iv) La conformación de las listas de elegibles, v) El nombramiento en periodo de prueba (Ley 909, 2004).

Ahora bien, las etapas anteriormente mencionadas sirven de filtros para la selección de la persona más calificada para desempeñar el empleo, y la ejecución de las mismas acarrea un costo económico, el cual es sufragado desde distintas fuentes de recursos.

Como primera medida, la Ley 1033 (2006), en su artículo 9 autoriza a la CNSC o a quien ésta delegue, para que cobre a los aspirantes del concurso, los denominados derechos de participación dependiendo del nivel del empleo al cual desean participar. Siendo el valor para el nivel técnico y asistencial el correspondiente a un (1) SMLDV, para los demás niveles el valor será de un día y medio (1½) de SMLDV.

No obstante, si el valor recaudado por los derechos de participación es insuficiente para la financiación del concurso, la entidad que oferta el empleo deberá cancelar el valor faltante (Ley 1033, 2006).

Sin embargo, el artículo 3 del Decreto 051 de 2018, modificado por el artículo 2.2.6.34 del Decreto 1083 de 2015, según la Circular Externa 2024RS004625 (2024), emitida por la Comisión

Nacional del Servicio Civil: “impone a cargo de las entidades el deber de apropiar y priorizar el monto de los recursos necesarios para el desarrollo de los procesos de selección destinados a la provisión por mérito de los empleos de carrera administrativa”.

Y en consideración de la CNSC sobre las entidades públicas y sus representantes legales, recae la obligación de apropiar dentro del presupuesto de la entidad, los recursos necesarios para la cofinanciación de la oferta pública de los empleos que se encuentren vacantes, desde el momento en que comienza la planeación del concurso. (Circular Externa 2024RS004625, 2024)

Ahora bien, las entidades al momento de ofertar en concurso los empleos que tienen vacantes, pueden hacerlo mediante la *agrupación* de distintas entidades con el propósito de sacar entre todas una sola convocatoria y así aminorar los costos del proceso de selección.

En los casos de modalidad de agrupación la CNSC definió como valor estimado por vacante a proveer que debía ser apropiado por las entidades, en *cuatro millones seiscientos noventa y seis mil cuatrocientos dos pesos m/cte* (\$4.696.402), e indicó que el mismo debía ser ajustado cada año según el incremento del IPC. Adicionalmente, si el proceso de selección comprende pruebas adicionales a las tradicionales, ello podría incrementar el costo del mismo (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2024).

De igual forma si las entidades lo desean, podrán adelantar por separado o de manera individual el proceso de selección, sin incurrir en la modalidad de agrupación, caso en el cual, el costo por vacante será calculado de acuerdo a la proyección de costos para cada proceso en particular.

Hasta el momento se han descrito los valores y las fuentes de financiación, para un proceso de selección, sin embargo, dentro del desarrollo del proceso de selección puede darse lugar a diferentes situaciones, como se expone a continuación.

El hecho de que una entidad saque a concurso una vacante, no significa necesariamente que personas se inscriban y participen del proceso, en algunas ocasiones puede ser por falta de publicidad, porque aún gran parte de la población desconoce esta modalidad de acceder a empleos, o por la especificidad de los requisitos del empleo y la particularidad de las funciones a desempeñar.

Se puede declarar desierta una vacante ofertada por las siguientes situaciones, ya sea porque nadie se inscribió, porque los inscritos no superaron requisitos del empleo o porque ninguno de los inscritos superó la totalidad de las pruebas eliminatorias.

Recordemos que el fundamento de la carrera administrativa y por ende de los concursos, es que las personas mejor preparadas accedan a los empleos públicos, por ello dentro del proceso de selección existen algunas pruebas eliminatorias que exigen puntaje mínimo para seguir dentro del concurso.

Si se trata de falta de inscripciones, la CNSC deberá ampliar el plazo para las inscripciones por un término igual al inicialmente previsto. Si culminada la prórroga no se inscribe ningún aspirante, se declara desierto y dicha vacante podrá ser ofertada en un nuevo concurso (Decreto 1083, 2015).

Cabe la pena destacar que, en la práctica el número de inscritos a una Oferta Pública de Empleo (OPEC) no corresponde con las personas que realmente asisten a las pruebas escritas, pues en principio no todos los inscritos logran superar la etapa de verificación de requisitos mínimos, y adicionalmente quienes si los superan, no siempre asisten a la citación de pruebas escritas, por diferentes motivos, o aun asistiendo no obtienen el puntaje mínimo requerido para pasar el examen, existiendo la posibilidad de que se produzcan listas de elegibles compuestas por un número de meritorios inferior al número de vacantes ofertadas.

Otra situación que se puede presentar es que, un grupo de personas de las que inicialmente se inscribieron, superé todas fases del concurso y la CNSC procede a expedir lista de elegibles, pero al momento en que la entidad que ofertó el empleo comienza a nombrar las personas en estricto orden de mérito para las vacantes ofertadas, las mismas pueden aceptar y no presentarse a la posesión, rechazar el nombramiento, o simplemente guardar silencio sobre el mismo. En dichas circunstancias, es menester que la entidad derogue el nombramiento y solicite a la CNSC hacer uso de la lista elegible para nombrar a la siguiente persona en estricto orden de mérito (Decreto 1083, 2015).

También se puede dar el caso, en que la persona con posición meritoria, una vez revisada su hoja de vida y documentación por parte de la entidad, previo a realizar el nombramiento (Decreto 1083, 2015, Art. 2.2.5.1.5), evidencie que el elegible no cumple a la fecha con los requisitos exigidos por el empleo, o presenta algún antecedente que impide su nombramiento, en esta situación la entidad profiere acto administrativo absteniéndose del nombramiento, sobre el cual proceden los recursos de Ley, y posteriormente procede a solicitar a la CNSC permiso para hacer uso de la lista de elegibles.

De igual forma, la entidad puede proceder a nombrar al meritorio y percatarse posteriormente que este no cumple con los requisitos exigidos para el empleo, surgiendo la obligación por parte de la entidad de revocar el acto administrativo de nombramiento (Decreto 1083 de 2015).

Ahora bien, para hacer uso de las listas de elegibles, la CNSC manifestó que:

(...) la entidad reportar correctamente y radicar todos los Actos Administrativos emitidos en lo relativo a la provisión de las vacantes ofertadas, conforme a las directrices impartidas en la Circular Externa 008 de 2021. Una vez las novedades contenidas en los documentos

registrados sean aprobadas por parte de la CNSC, el sistema habilitará al siguiente elegible en posición meritoria para que el Jefe de la Unidad de Personal, o quien haga sus veces, realice el correspondiente trámite de nombramiento en periodo de prueba y demás orientados a la provisión definitiva (Comisión Nacional del Servicio Civil, s.f.).

En concordancia con lo anterior, el artículo 6 del Acuerdo 165 (2020) proferido por la CNSC, establece un plazo de 5 días hábiles a partir de la ocurrencia del hecho, para que la entidad que está en provisión de cargos, reporte las novedades que se puedan presentar (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2020).

Tratándose del uso de listas de elegibles para vacantes nuevas presentadas con posterioridad al concurso, del mismo empleo o empleos equivalente, o en caso de vacancia definitiva de un empleo objeto del concurso provisto mediante la lista del mismo, la entidad que requiere la provisión del cargo deberá cancelar una tarifa a la CNSC por administración y uso de la lista (Acuerdo No. 165, 2020).

Si se trata de entidades del orden nacional el valor a cancelar por el uso de la lista para proveer una vacante corresponde a un (1) SMLMV, pero si se trata de entidades del orden territorial, el costo será de medio ($\frac{1}{2}$) SMLMV. El valor del salario corresponderá a la fecha en que la entidad haga la solicitud a la CNSC para hacer uso de la lista de elegibles (Ámbito Jurídico, 2014).

Todas estas situaciones descritas, que se pueden presentar entre los elegibles mientras la entidad provee los empleos ofertados en el concurso toman tiempo y le cuestan dinero a la entidad, en ocasiones el tiempo causa el vencimiento de las listas de elegibles, sin que se hayan provisto la totalidad de vacantes ofertadas en el concurso.

El pasado 22 de enero de 2025, se radicó solicitud ante la CNSC con el propósito de que la entidad diera a conocer los resultados de los procesos de selección llevados a cabo durante los años 2020 al 2024, la cual fue contestada por la CNSC el pasado 26 de febrero de 2025, mediante el oficio No. 2025RS023010, en donde la entidad manifestó que durante el periodo de tiempo señalada, se desarrollaron 35 procesos de selección y anexó archivo en Excel con la información detallada del nombre del proceso de selección, el año de la oferta, el estado de la convocatoria, No. de empleos ofertados, No. de vacantes, No. de listas de elegibles, No. de empleos sin lista de elegibles, No. vacantes desiertas tras la etapa de inscripción, No. de vacantes desiertas tras la expedición de las listas de elegibles (Comisión Nacional Del Servicio Civil. Dirección De Administración De Carrera Administrativa, 2025).

De la información suministrada por la CNSC, se evidencia como las situaciones descritas a lo largo de este acápite suceden en la realidad y como ejemplo práctico se trae a colación el siguiente proceso de selección:

Figura 10. *Convocatoria entidades del orden territorial 2022.*

Nombre proceso de selección	Convocatoria entidades del orden territorial 2022
Año de la oferta	2022
Estado de la Convocatoria	Listas de elegibles
Entidades que hicieron parte de la convocatoria	66
No. de empleos ofertados	1.144
No. de vacantes ofertadas	2.062
No. de listas de elegibles	1.027
No. de empleos sin listas de elegibles	93
No. de vacantes desiertas tras la etapa de inscripción	8
No. de vacantes desiertas tras la expedición de listas de elegibles	96

Adaptado de la respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil a un derecho de petición (Oficio No. 2025RE010017, 26 de febrero de 2025).

De la anterior tabla se puede analizar lo siguiente:

- Que el No. de listas de elegibles es menor al No. de empleos ofertados, como se anunció líneas arriba, con una diferencia de 117.
- Que 8 de las vacantes ofertadas en la convocatoria se declararon desiertas tras la etapa de inscripciones.
- Que posteriormente, en la etapa de expedición de listas de elegibles, otras 96 vacantes fueron declaradas desiertas, porque pese a haberse finalizado el proceso de selección el mismo no arrojó como resultado personas que cumplieran con los requisitos del empleo y aprobaran todos los filtros, incluyendo las pruebas eliminatorias.
- Así las cosas, se concluye que no todas las vacantes ofertadas en el proceso de selección “Convocatoria entidades del orden territorial 2022” fueron proveídas. Lo anterior, sin analizar las situaciones que se expusieron con anterioridad, que se pueden presentar al momento de realizar los nombramientos en periodo de prueba.

Los procesos de selección y provisión de los servidores públicos que conforman el sistema de carrera administrativa suelen ser muy largos y extenuantes, por las etapas y situaciones adicionales que pueden presentarse. Adicionalmente, vale la pena destacar los casos en los cuales, debido al paso del tiempo entre la planeación del concurso y el nombramiento de los meritorios, algunas de las personas que se encontraban en provisionalidad dentro de los cargos ofertados adquieren ciertas condiciones que los hace merecedores de especial protección constitucional, y

una estabilidad laboral reforzada, tales son: por ser madres o padres cabeza de familia, por adquirir la condición de prepensionados, por condiciones de salud, entre otras.

De lo anterior, como se expuso en el primer capítulo, se desprende una tensión entre los derechos de los meritorios y los provisionales, siendo objeto de estudio del presente trabajo de grado, la que involucra específicamente los que provisionales en condición de prepensionados. Sobre la cual, durante el desarrollo del tercer capítulo, se analizarán casos reales de jurisprudencia de las altas Cortes y el Consejo de Estado, desde la óptica de la escuela del análisis económico del derecho.

No obstante, los concursos de méritos son parte fundamental del sistema de carrera administrativa, pues garantizan la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos a su vez que le proporcionan a la entidad estatal personal altamente calificado para el desempeño de las funciones del cargo vacante.

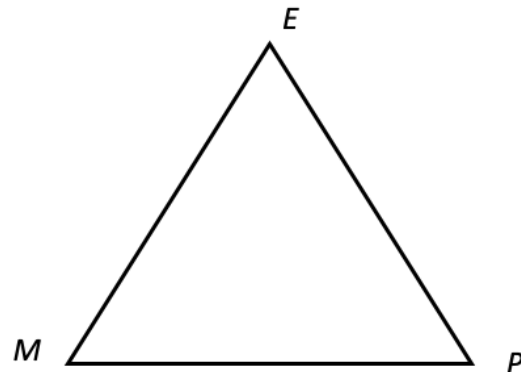
Sin embargo, una vez expuesta la teoría del análisis económico del derecho, los costos que conlleva implícitamente un trabajador y los costos de la carrera administrativa sumado a las múltiples opciones de resultados que puede dar un proceso de selección y la provisión de los empleos, además de las situaciones administrativas que se pueden presentar por parte de cualquier empleado de carrera, vale la pena reflexionar sobre la relación costo-beneficio de la carrera administrativa, sin dejar de lado el fundamento constitucional y legal de este sistema de selección y provisión de empleos.

Así las cosas, podría pensarse que a pesar de que resulta muy costoso y no se garantiza la provisión total de las vacantes o la permanencia de las personas nombradas en los empleos, si protege el derecho fundamental a la igualdad, reduciendo el margen de acción de la burocracia y

politiquería, a la vez que se da una garantía de personal altamente calificado, que trabajará para el buen funcionamiento de la entidad y la prestación de un servicio público de calidad.

4.2.4 Aterrizando el ejemplo de Ronald Coase

Retomando el ejemplo del panadero y el médico expuesto en la teoría de Ronald Coase, y los cuestionamientos planteados alrededor de la relación triangular que se expuso, antes de comenzar a describir los costos de un trabajador y del mérito, se puede deducir los siguiente:

Figura 11. *Relación triangular.*

E representa el Estado por medio de la entidad estatal que actúa como empleadora; *P* representa el provisional en condición de prepensionado; *M* representa el meritorio que busca su vinculación producto del concurso de méritos.

Si el prepensionado es desvinculado sin alcanzar el derecho pensional, se pone en riesgo el derecho al mínimo vital, afectando también el derecho a una vida en condiciones dignas, inclusive si la entidad se compromete hacer el pago de los aportes al sistema de seguridad social.

Si el meritorio no es nombrado esperando se reubique al provisional prepensionado o que este adquiriera el derecho pensional, se violarían derechos fundamentales como la igualdad, el trabajo, la seguridad social, el mínimo vital, entre otros, poniendo en riesgo el sistema de carrera administrativa y todo lo que él mismo representa, coartando al meritorio de su nombramiento en periodo de prueba y arrebatándole lo que por derecho le corresponde.

Por su parte, para el Estado, representado en la entidad pública, como el empleador y extremo fuerte de la relación laboral, si bien para él tener a dos personas vinculadas en el mismo cargo o similares, con el propósito de amparar los derechos fundamentales tanto del provisional prepensionado como del meritorio, significa un costo alto, en términos económicos, teniendo en

cuenta lo que cuesta un servidor público para la entidad, como ya quedó descrito a lo largo del presente capítulo. Es el actor al cual le resulta menos costoso soportar las consecuencias, pues puede que la entidad pública que funge como empleadora no tenga un presupuesto holgado, a fin de cuentas, su patrimonio será más robusto que el de cualquiera de los otros dos actores y por ende sobre él debe recaer el costo mayor permitiendo a los demás la satisfacción de sus derechos. Situación que vale la pena destacar sería transitoria, mientras el prepensionado alcanza el derecho pensional.

No obstante, se pretende analizar la situación en que la entidad no esté en condiciones presupuestales de soportar ese gasto y logre demostrar probatoriamente los siguientes supuestos:

Supuesto 1: Que la desvinculación del prepensionado, no afectaría su derecho al mínimo vital porque devenga otros ingresos que le permiten vivir sin que se vea afectado y realizar los aportes al sistema de seguridad social para alcanzar el derecho pensional, o en su defecto que la entidad haga el mencionado pago, sin necesidad de tenerlo vinculado laboralmente. Permitiendo el ingreso inmediato del meritorio a laborar en la entidad.

En este supuesto, sería el extremo **P** a quien le resulte menos costoso soportar los daños de la relación triangular, logrando una mayor eficiencia en los recursos de los intervinientes.

Supuesto 2: Que el meritorio no se encuentra en situación de desempleo ni desprotección de tal manera que postergar la vinculación a la entidad no represente una vulneración a sus derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas, la seguridad social, el mínimo vital y móvil, recordando que el derecho al mérito si bien es constitucional no es fundamental. Fundamental es el acceso en igualdad de condiciones a los cargos públicos, entendiendo que el mismo se desprende del derecho a la igualdad, el cual se ve amparado por medio del proceso de selección que ya se llevó a cabo.

Así las cosas, el meritorio podría aguardar para su nombramiento y vinculación a la entidad hasta que el prepensionado adquiriera el derecho pensional y sea incluido en la nómina de pensionados, sin que se cause daño alguno en el principio de planeación y el presupuesto de la entidad.

En este supuesto, sería el extremo *M* a quien le resulte menos dañino asumir los costos de la relación triangular, permitiendo una mayor eficiencia de los recursos involucrados, a la par que los intervinientes de la relación logran la realización de sus derechos.

Es aquí en donde toma especial relevancia lo que se mencionó sobre la vigencia de las listas de elegibles, la cual debería ser ampliada a un margen de cinco años, que permita el desenlace de las situaciones descritas. Logrando que todas las partes involucradas accedan a la realización de sus derechos en cuestión, permitiendo que la parte que se encuentra en mejores condiciones de soportar el daño lo haga sin mayores complicaciones. Dado que, se están generando procesos de selección altamente costosos cuya inversión no puede ser aprovechada en el mediano plazo por la entidad y los concursantes, siendo insuficiente a la hora de responder ante todas las situaciones que se pueden presentar en la provisión de los empleos.

Así las cosas, se concluye que resulta necesario analizar cada caso en concreto y las condiciones de cada uno de los actores involucrados a efectos de determinar la situación real, el costo de las relaciones y el extremo al cual le resultaría menos dañino soportar las consecuencias de las decisiones que se tomen.

Quedando desvirtuados los presupuestos legales que pretender regular la materia, para todos los casos por igual, en el entendido que el derecho tiene implicaciones de contenido económico, y que al igual que el mercado no se comporta siempre de la misma manera, pues la

posición de sus agentes o actores puede traer como consecuencia diferentes resultados que influyen en la eficiencia económica de las relaciones, en aplicación de la teoría de Ronald Coase.

A manera de conclusiones del presente capítulo se puede expresar:

Que a través del análisis económico del derecho se puede identificar las tensiones económicas que existen entre el mérito, la estabilidad reforzada de los prepensionados en provisionalidad y las entidades. Por ello, con la aplicación de la teoría de Ronald Coase se logra identificar la relación triangular entre los tres actores en mención y con ello, la mejor condición para asumir costos al momento de tomar decisiones tanto administrativas como judiciales. Con este análisis no solo se integran las normas, sino que a su vez integra indicadores económicos, cómo lo son el costo de oportunidad, incentivos, transacción, con ello se logra diseñar de forma compilada políticas públicas y fallos judiciales equitativos.

Por otro lado, se logra vislumbrar a partir del estudio detallado tanto de factores como salario, prestaciones, seguridad social y el bienestar, el costo real de un empleado público está muy por encima de la asignación salarial mensual. Por ello, el hecho de mantener de manera simultánea un servidor con estabilidad laboral reforzada por pensión en provisionalidad con el ganador del cargo mediante concurso de méritos permite comprender el detrimento patrimonial que se genera. Por eso, desde la visión del análisis económico del derecho, esta decisión debe tenerse en cuenta tanto la viabilidad financiera como la presupuestal, teniendo en cuenta que las entidades tienen recursos limitados.

Las autoras del presente trabajo consideran que dos años para la vigencia de la lista de elegibles, de cara a las fases de duración del proceso de selección y las novedades que puedan presentarse en la provisión y el costo del proceso, no resulta del todo razonable, por lo cual extender la vigencia de las listas a unos cinco años, podría ofrecer una mayor utilidad a los

resultados obtenidos por los concursos, dando la oportunidad de que la entidad haga uso de las mismas para nombrar a personas calificadas en vacantes de cargos iguales o equivalentes, garantizando el mérito y la igualdad, a su vez que se aprovechan los recursos invertidos en el proceso de selección.

Como última conclusión se tiene que, en lo relacionado a la teoría de Coase referido a los costos que implica el reintegro y las demás condenas sobre el prepensionado y el mantener a quien ganó el concurso; los jueces y autoridades administrativas deben enfatizar en sus decisiones un análisis más amplio de ponderación, en donde no solo se tenga en cuenta la protección de los derechos fundamentales sino desde estos aspectos económicos en donde se revise la eficiencia del sistema de carrera.

4.3 Las Diferencias y similitudes entre las decisiones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional

El presente capítulo pretende realizar un estudio jurisprudencial alrededor de la disputa entre los derechos de las personas nombradas en provisionalidad que ostentan el fuero de prepensionados y los ganadores del concurso de méritos para el mismo puesto. Para lo cual, se utilizará el criterio de análisis de discusión legal, entorno a la normatividad que surgió en búsqueda de una solución al problema descrito en el primer capítulo, es decir el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, reglamentado posteriormente por el Decreto No. 1415 de 2021.

En ese sentido, se realizará el análisis de tres (3) sentencias antes de la normatividad y tres (3) después de la entrada en vigencia de las normas, diferenciando el Consejo de Estado de la Corte Constitucional, realizando un análisis comparativo entre los diferentes fallos judiciales desde la

Escuela del Análisis Económico del Derecho, para al final concluir sobre las diferencias y similitudes de cada órgano judicial en sus decisiones.

Para dar inicio al desarrollo capitular, se citará una vez más la norma que se utilizará como criterio de análisis, con el propósito de tenerla presente.

Ley 1955 de 2019, Art. 263. Reducción de la provisionalidad en el empleo público:

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. (Subrayado fuera del texto original). (Ley 1955, 2019)

Ley 2040 de 2020, Art. 8: Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional. (Ley 2040, 2020)

Parágrafo Primero: El Gobierno Nacional reglamentará el presente artículo dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la ley, sin que superado este término el Gobierno Nacional pierda la función reglamentaria.

Que, con fundamento en el parágrafo primero de la norma anteriormente citada, se tramitó en el Consejo de Estado acción de cumplimiento bajo el radicado No. 44001-23-40-000-2021-00025-01 a falta de normatividad expedida por el Gobierno Nacional que regulara la materia, cuya sentencia es de fecha 03 de junio de 2021.

Posteriormente el 04 de noviembre de 2021, dando cumplimiento a la acción mencionada, el Gobierno Nacional mediante el Decreto No. 1415 del mismo año, el cual modificó y adicionó el Decreto No. 1083 de 2015, buscó reglamentar la condición de prepensionado como sujeto de especial protección, en relación a la provisión definitiva de los cargos, su reubicación y los deberes de dichos servidores.

4.3.1 Análisis jurisprudencial sobre decisiones del Consejo de Estado

Así las cosas, se dará inicio al desarrollo capitular por el análisis de las sentencias del Consejo del Estado, para lo cual se radicó derecho de petición ante el órgano jurisprudencial el día 21 de febrero de 2024, solicitando:

Se envíe copia en PDF de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, en relación a las personas vinculadas en provisionalidad a un puesto de carrera administrativa, que ostenta la calidad de prepensionado vs el ganador de concurso de méritos y su vinculación a la entidad (Rivera Rojas, 2024, pág. 1).

Al cual se recibió respuesta el día 23 de febrero del 2024, vía correo electrónico, suscrita por la señora Jacqueline Contreras Parra, auxiliar judicial de Relatoría del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Dando alcance a su solicitud, le informo que revisada la base de datos no se encontró jurisprudencia de unificación que estudie puntualmente el tema por Usted requerido, sin embargo, adjunto remito las últimas providencias relacionadas y un archivo con los extractos de las demás (Consejo de Estado. Relatoría, 2024, pág. 1).

Pues bien, tal y como el auxiliar judicial manifiesta en la respuesta, se recibieron 4 archivos Zip con un total de 38 sentencias de temas relacionados al objeto de estudio del presente trabajo desde el año 2021 al 2023, las cuales una vez revisadas se evidenció:

- Veintiún (21) sentencias corresponde a fallos de tutela, de los cuales catorce (14) encajan en los supuestos fácticos objeto de estudio del presente trabajo de investigación, es decir de la salida de un empleado nombrado en provisionalidad que ostenta la condición de prepensionado por el nombramiento de un meritorio.

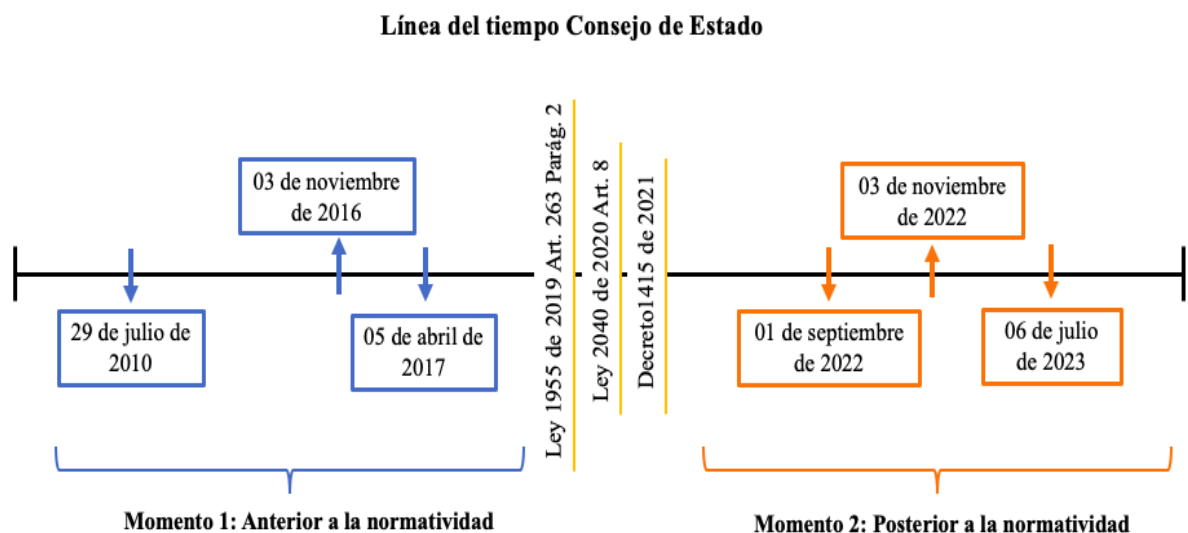
- Que de las catorce (14), nueve (9) fueron declaradas improcedentes, toda vez que el mecanismo de amparo constitucional es solo subsidiario, y existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a menos de que se invoque como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Postura que es muy reiterada por el Consejo de Estado, con el propósito de evitar caer en abusos de la acción constitucional.
- Catorce (14) sentencias de las treinta y ocho (38) corresponden a medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, solo ocho (8) tienen relación con los supuestos fácticos que se estudian en el presente trabajo.
- Una (1) sentencia es del medio de control de reparación directa pero no encaja en los supuestos fácticos estudiados, por tratarse de una entidad en liquidación.
- Una (1) sentencia es del medio de control de nulidad simple, cuyos hechos no son compatibles al objeto de estudio.
- Una (1) sentencia es de repetición, sin embargo, corresponde a un empleado que se encontraba nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, el archivo PDF con los extractos jurisprudenciales, contiene 107 sentencias arrojadas como reporte de la consulta en la página de relatoría del Consejo de Estado, con el criterio de búsqueda prepensionado, para el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2004 al 23 de febrero de 2024. En donde evidentemente se denota la falta de sentencias de unificación sobre la materia. Y una vez revisado el archivo se encuentra:

- Sesenta y seis (66) sentencias son de temas no relacionados, ya sea por tratarse de empleos de libre nombramiento y remoción, porque la entidad en cuestión se encontraba en liquidación o reestructuración, por supresión del cargo, entre otros.
- Cuarenta y un (41) sentencias se encuentran relacionadas al objeto del estudio, de las cuales una corresponde a una acción de cumplimiento y el resto a acciones de tutela.
- De las cuarenta (40) acciones de tutela relacionadas con el tema de estudio, nueve (9) fueron declaradas improcedentes, dieciocho (18) negaron el amparo concedido y once (11) accedieron a amparar los derechos reclamados.

Que para efectos del ejercicio de análisis jurisprudencial con fundamento en el criterio de análisis de discusión legal se escogieron las siguientes sentencias:

Figura 12. Línea del tiempo de decisiones del Consejo de Estado.



4.3.1.1 Primer momento del Consejo de Estado: anterior a la normatividad. El

Consejo de Estado ha tenido las siguientes posturas:

Sentencia No. 1. Fallo de tutela proferido el día 29 de julio de 2010, con radicado No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, cuyo actor fue el señor Jaime Tamayo Tamayo, quien laboró para la Fiscalía General de la Nación, desde el 07 de enero de 2004, cuando lo nombraron en provisionalidad en el cargo de Fiscal delegado ante Tribunal en Bogotá y posteriormente fue trasladado a otras ciudades (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

Como primera medida, se realizó un estudio de procedibilidad de la acción constitucional como mecanismo transitorio para obtener el amparo de los derechos ante un perjuicio irremediable inminente, lo cual quedó demostrado, pues el salario era el único ingreso económico del accionante quien velaba por su hogar, compuesto por una hija que apenas iniciaba sus estudios universitarios, una esposa imposibilitada para trabajar sujeta a medicamentos de alto costo, una suegra enferma, y un crédito hipotecario (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

Revisado el material probatorio se logró esclarecer que el accionante no se encontraba vinculado a la planta de personal del año 2008, como alegaba, y en efecto se encontraba ocupando uno de los puestos que se ofertaron en el concurso de méritos. Motivo por el cual la entidad en una misma Resolución lo declaró insubsistente y nombró a una de las personas que se encontraba en la lista de elegibles (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

Si bien existió disputa en cuanto al régimen pensional aplicable, y si el accionante tenía o no para el momento de la declaratoria de insubsistencia los requisitos completos para acceder a la pensión. El Instituto del Seguro Social, respondió que el régimen pensional aplicable al señor Tamayo Tamayo era el de la Ley 71 de 1988, y por tanto no tenía aún los requisitos completos

para acceder a la pensión, le faltaban unos seis (6) meses aproximadamente (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

La Sala consideró que al accionante no le era aplicable el supuesto normativo contenido en el artículo 12 del Decreto 546 de 1971, pues su retiro no obedeció a la edad, tiempo de servicio, vejez o invalidez, sino a la provisión definitiva del cargo por medio de un concurso de méritos (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

De igual forma, la Sala trae a colación la protección contenida en la ley 790 de 2002, y manifiesta que la misma no le es aplicable, pues se trata solo de casos de liquidación y reestructuración de entidades públicas (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

Por último, el Consejo de Estado manifiesta que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que proteja la situación en la que se encuentra el demandante. Por tanto, pese a que se encuentra demostrado la ocurrencia de un perjuicio inminente, se le debe negar el amparo constitucional de los derechos invocados, confirmando la sentencia de primera instancia (Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, 2010).

Sentencia No. 2. Fallo de tutela de fecha 03 de noviembre de 2016, bajo el radicado No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, actor Elías Hoyos Salazar, quien laboró en la Procuraduría General de la Nación desde el 01 de julio del 2009, y se encontraba desempeñando el cargo de Procurador Judicial II cuando la entidad en cumplimiento de una orden judicial llevó a cabo concurso de méritos para proveer todos los cargos de Procurador Judicial I y Procurador Judicial II (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

El actor tenía la condición de padre cabeza de familia de su hogar compuesto por un hijo menor de edad y una esposa que no tenía empleo, además ostentaba la condición de prepensionado, pues tenía 62 años de edad y 1277 semanas cotizadas, y le faltaban aproximadamente 27 semanas

por cotizar, razón por la cual el día 07 de julio de 2016 solicitó por escrito a la entidad, le fuera reconocida su condición de prepensionado y no fuera desvinculado del cargo, sin obtener respuesta alguna. No obstante, al día siguiente la entidad publicó lista de elegibles incluyendo el cargo del actor y manifestó en dicha resolución que los nombramientos se harían 20 días después (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

El señor Elías ante el riesgo de quedarse sin empleo, por el nombramiento inminente del meritorio, instauró acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, con el propósito de solicitar el amparo de los derechos fundamentales de petición, del debido proceso administrativo, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y a la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada, en su condición de prepensionado y padre cabeza de familia, para lo cual pidió que la entidad se abstuviera de nombrar a un elegible en su cargo, o en caso de haberse efectuado ya el nombramiento, que se adoptaran las acciones necesarias para brindarle la especial protección, como una reubicación en otro cargo similar o superior, hasta que Colpensiones lo incluyera en la nómina pensional. (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

Si bien al momento de radicar el amparo constitucional, aún no se encontraba desvinculado el accionante, lo cierto es que, durante el transcurso, la entidad mediante el Decreto 3283 del 8 de agosto de 2016, nombró en periodo de prueba a Juan Nicolas Valencia Rojas, por encontrarse dentro de la lista de elegibles para el cargo que desempeñaba el actor, quien posteriormente tomó posesión del mismo, lo que consecuentemente produjo la desvinculación de Hoyos Salazar (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

En primera instancia, el Tribunal de Antioquia le concedió el amparo al derecho fundamental de petición, pero para todo lo demás declaró improcedente la acción de tutela por no hallar probado el perjuicio irremediable (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

En segunda instancia, la Sala consideró que el perjuicio irremediable se podía presumir respecto del mínimo vital, siempre que el único ingreso para cubrir las necesidades básicas sea el salario o en su defecto la mesada pensional, y la persona se encuentre en una situación que la prive de ambas. Por lo cual, haberle exigido al accionante que probara el perjuicio irremediable significaba una prueba excesiva (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

Adicionalmente la Sala manifestó que, el accionante en su condición de prepensionado como sujeto de especial protección constitucional no debió haber sido desvinculado de la entidad, antes de que la misma implementará las acciones necesarias para su Protección. No obstante, dado que ya se había nombrado al meritorio, la protección de los derechos de uno de los sujetos involucrados no podía implicar la vulneración de los derechos del otro (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

Por lo anterior, modificó el fallo de primera instancia y en su lugar ordenó el reintegro del accionante en un cargo igual o similar hasta que fuera incluido en la nómina de Colpensiones. No obstante, la protección sólo estaría vigente mientras el señor Hoyos Salazar lograra cumplir los requisitos pensionales antes de que se terminara la vigencia de la lista de elegibles del cargo en el cual fuera reintegrado y solicitara al día hábil siguiente su reconocimiento pensional (Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, 2016).

Sentencia No. 3. Fallo de tutela proferido el 05 de abril de 2017, bajo el radicado interno No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, actora Margarita Silva Hidalgo, quien laboró en la rama judicial durante 20 años, en diferentes cargos, mediante nombramientos en provisionalidad. A

quien el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda le reconoció la estabilidad laboral reforzada por prepensionada, y le manifestó que en virtud de la protección especial el cargo que ocupaba en provisionalidad saldría de la lista de cargos vacantes. No obstante, quince días después se publicó la lista de elegibles en donde se evidenciaba el cargo ocupado por la accionante (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

Que, en primera instancia el Tribunal Administrativo de Risaralda, amparó los derechos de la actora y consideró que debía seguir ocupando el cargo que tenía o en su defecto ser reubicada en uno similar o mejor. Además, el Tribunal reiteró que la estabilidad laboral reforzada del prepensionado tiene su fundamento en la Constitución misma, por lo que no se debía exigir el cumplimiento estricto de los requisitos pensionales dentro de los próximos 3 años para acceder al fuero, bastaba con estar muy cerca de completarlos (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

Paralelamente, el meritorio Mario Vanegas Pérez, radicó solicitud para que la entidad lo nombrara, y la respuesta de esta última fue adjuntar una copia del fallo de tutela de primera instancia de Silva Hidalgo. Por lo cual, Vanegas Pérez logró vincularse a tiempo en la segunda instancia de la presente acción de tutela, y consideró que los dos merecían ser amparados, que él tenía derecho a su nombramiento y ella a ser reubicada en un cargo similar o mejor (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

Así las cosas, la Sala en base a pronunciamientos de la Corte Constitucional, recuerda que el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada implica la ponderación de los derechos del sujeto de especial protección con los principios de la carrera administrativa en favor del meritorio. Y que dicha protección no consiste en permanecer a perpetuidad en el cargo, sino en la implementación de acciones afirmativas, como el hecho de que sean los últimos en ser

desvinculados o *de ser posible* que sean reintegrados a cargos similares o superiores. *Subrayado destacado por el Consejo de Estado* (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

Es clara la tensión que se presenta entre la persona próxima a pensionarse que se encontraba vinculada en provisionalidad y el ganador de un concurso de méritos, y no resulta viable que la controversia se resuelva solo en favor de uno de ellos, sin embargo, la protección debe otorgarse bajo criterios de *razonabilidad y proporcionalidad*, realizando una ponderación de los derechos de las partes y propendiendo por no afectar el núcleo esencial de ninguno de ellos. La Sala estima que “*en los eventos en que pueda garantizarse los derechos de carrera y de estabilidad laboral la autoridad está obligada a hacerlo*” (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

En esta ocasión la Sala diferencia el retén social creado por la Ley 790 de 2002 para casos de renovación de las entidades públicas, y la protección a personas que están a menos de 3 años de pensionarse, la cual se deriva de mandatos constitucionales de protección a grupos vulnerables (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

Si bien aún no existe normatividad que consolide y reglamente la protección a los prepensionados, vía jurisprudencia se ha logrado extender la protección inicial del retén social a personas que están próximas a pensionarse y no se encuentran vinculadas a entidades en liquidación o reestructuración (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

Por lo anterior, la Sala modifica la sentencia de primera instancia, extendiendo el amparo constitucional al meritorio, y ordenando a la entidad la reubicación de la accionante y el nombramiento del ganador del concurso (Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, 2017).

4.3.1.2 Segundo momento del Consejo de Estado: posterior a la normatividad. El consejo de estado ha tomado las siguientes decisiones:

Sentencia No. 1. De fecha 01 de septiembre de 2022, con radicado No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019) Como consecuencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Álvaro López Peña, en contra de la Procuraduría General de la Nación y la Nación, por haberse desempeñado bajo nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Procurador Judicial II, para asuntos penales en la ciudad de Cúcuta (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Que como consecuencia de la orden impartida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-101 de 2013 y el concurso de méritos que se surtió según la Resolución No. 040 de 2016, el día 08 de agosto de 2016 mediante el Decreto 3843 del mismo año, el Procurador General desvinculó al demandante de su cargo y nombró en periodo de prueba al meritorio (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Posteriormente, el señor López Peña, instauró una acción de tutela alegando su condición de prepensionado toda vez que le faltaban aproximadamente 9 meses para completar los requisitos y acceder al derecho pensional, además de ser padre cabeza de familia. Obteniendo el amparo constitucional, mediante fallo judicial de fecha 07 de septiembre de 2016, que ordenó su reintegro a la entidad en un cargo igual o similar (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

En consecuencia, de lo anterior, la entidad mediante el Decreto 4957 del 7 de octubre de 2016, nombró en provisionalidad al demandante, como Procurador Judicial II de restitución de tierras en la ciudad de Barranquilla, tomando posesión del cargo el día 08 de noviembre del mismo año (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la inaplicación de la Resolución No. 040 y 357 ambas del 2016. Que se declarara la nulidad del Decreto 3843 de 2016 por medio del cual se dio su desvinculación, y a título de restablecimiento del derecho pidió el reintegro a la entidad, el pago de perjuicios materiales e inmateriales (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

En primera instancia el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda, consideró que las nulidades no tienen vocación de prosperar y que el demandante tenía derecho a ser reubicado tal y como sucedió gracias a la acción constitucional (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Cuando el proceso llegó a segunda instancia ante el Consejo de Estado, ya se había fallado en un proceso de nulidad simple sobre la validez de la Resolución No. 040 de 2016, encontrándose que la misma había sido emitida conforme a la Constitución y la Ley y su contenido no resultaba perjudicial para los derechos de los aspirantes ni de los provisionales, salvo en lo relacionado con las obras literarias, las cuales serían admitidas tanto en físico como en digital. Motivo por el cual se procedió a calificar los antecedentes y se modificaron las listas de elegibles (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Así las cosas, no procedía la posibilidad de hacer uso de la facultad contenida en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 para inaplicar de las Resoluciones No. 040 y 357 de 2016 (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Ahora bien, en cuanto a la nulidad del Decreto 3843 de 2016, la Sala encontró que el mismo se había expedido con una motivación válida, la cual era el nombramiento del meritorio. Y que si bien al demandante, debido a su protección especial constitucional, le asistía el derecho de ser reintegrado, como una de las acciones afirmativas en cabeza de la entidad, el mismo ya había sido

reubicado en un cargo similar, fruto de la acción de tutela (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

En cuanto a los 44 días que transcurrieron entre el fallo de tutela y el decreto que ordenó su nuevo nombramiento en provisionalidad en Barranquilla, la Sala estimó que el tiempo era razonable y que la protección del fuero cumplió su finalidad, pues el demandante pudo completar los requisitos para acceder a la pensión y en el mes de mayo de 2017 renunció voluntariamente a la entidad, seguidamente en el mes de junio del mismo año ya se encontraba incluido en la nómina de Colpensiones (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

La Sala diferenció los conceptos de reintegro y reubicación, para manifestar que en el presente caso se trató de una reubicación y por lo tanto no había lugar al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir propias de una relación sin solución de continuidad (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Por lo anterior, el *ad quem* terminó por confirmar el fallo de primera instancia que negó las pretensiones del demandante (Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), 2022).

Sentencia No. 2. Proferida el día 03 de noviembre de 2022, bajo el radicado No. 08001-23-33-000-2017-00137-01 medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda instaurada por el señor José Vicente Paternina Peinado, quien se encontraba nombrado en el cargo de Procurador Judicial II, el cual estaba diseñado como un empleo de libre nombramiento y remoción dentro de la estructura de la Procuraduría General de la Nación y mediante la Sentencia C-101 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, pasó a ser considerado de carrera administrativa, y quienes ocupaban dichos cargos, pasaron a ser empleados nombrados en provisionalidad mientras se surtía el concurso de méritos para el nombramiento en propiedad de

los mismos, en un plazo máximo de 1 año, según ordenó la Corte Constitucional en el mismo fallo (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

En cumplimiento de la orden judicial contenida en el fallo de la Sentencia C-101 de 2013, la Procuraduría mediante la Resolución No. 040 de 2015 dio apertura al mencionado concurso de méritos para proveer *todos* los cargos de Procurador Judicial I y Procurador Judicial II (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

Que mediante el Decreto N° 3826 del 8 de agosto de 2022, el Procurador General nombró a la meritoria que se encontraba en orden de elegibilidad dentro de la respectiva lista y en virtud de lo anterior, dio por terminada la vinculación laboral del accionante. Pese a que para la fecha del presente Decreto aquel se encontraba a menos de 3 años de alcanzar los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, el día 02 de septiembre de 2016 fue efectivamente desvinculado de la entidad accionada (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

Por lo anterior, el demandante acude a la instancia judicial, con el propósito de que se declare la nulidad del Decreto N°3826 del 8 de agosto de 2016 y la inaplicación de la Resolución N° 040 de 2015. Aludiendo a falta de planeación en el concurso y omisión a su condición de prepensionado, la cual era conocida por la entidad, violando los principios orientadores de la actuación administrativa y derechos de rango fundamental y constitucional, dado el fuero de especial protección que lo cobijaba al momento de su desvinculación. Solicitando a título de restablecimiento del derecho el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta que se incluya en la nómina de pensionados (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

Vale la pena destacar, que inicialmente el actor, intentó una acción de tutela para buscar su reintegro a la entidad, alegando que el despido se había hecho pese a sus condiciones de salud, y

la pérdida de capacidad laboral, cuyo porcentaje se encontraba en discusión, pero dicha acción no prosperó (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

El juzgador de primera instancia consideró que la convocatoria del concurso se hizo de acuerdo al sistema de carrera administrativa especial que regula a la Procuraduría General de la Nación y conforme a lo ordenado por el órgano constitucional y en cumplimiento del mencionado fallo judicial, ofertando *todos* los cargos de Procurador Judicial I y Procurador Judicial II sin excepción alguna, dado que el fallo no mencionaba nada al respecto. Y agregó que, el demandante desempeñaba una profesión liberal, lo que le permitiría seguir laborando para cotizar las semanas que le faltaban y acceder al derecho pensional. Adicionalmente, el demandante no logró demostrar como la carencia de otra alternativa económica causó perjuicios y afectación a sus derechos fundamentales (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

Por último, el *a quo* menciona que el actor no demostró que la entidad tuviera un *margen de maniobra* suficiente para garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público sujeto de especial condición (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

El Consejo de Estado, estudia los argumentos que sustentaron el recurso de alzada y termina por confirmar la sentencia del *a quo*, recalcando que la terminación de una vinculación en provisionalidad por el nombramiento en periodo de prueba de un meritorio, no significa desconocimiento de los derechos de los provisionales, pues su estabilidad laboral es relativa (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

No obstante, la entidad se encuentra en la obligación de implementar mecanismos que protejan a los provisionales en situaciones de especial protección constitucional, como los prepensionados, por ejemplo tratando de que éstos sean los últimos en ser desvinculados, sin

embargo, para el caso en concreto la entidad no disponía de un *margen de maniobra* que le permitiera tal cosa, pues la orden de la Corte Constitucional fue proveer *todos* los cargos existentes, y las personas que integraron las listas de elegibles superaron la oferta pública de empleo (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

La Sala considera que pese al estado de indefensión o vulnerabilidad que pueda encontrarse el empleado en provisionalidad saliente, el mismo debe ceder su puesto para el nombramiento del meritorio, pues las situaciones que le otorgan una especial protección no son impedimento para que concursara y accediera al cargo por mérito en igualdad de condiciones. Adicionalmente, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que desvincula al demandante y nombra al meritorio, conlleva a un desconocimiento del derecho y garantía contemplado en el artículo 125 constitucional (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

Para el caso en concreto, la Sala también recalcó el hecho que no era posible esperar a que el demandante completará los requisitos y lo incluyeran en la nómina pensional, pues aún le faltaban dos años para ello, y la vigencia de lista era de un término igual. Situación que denota la crítica realizada en el segundo capítulo acerca del término de vigencia de las listas de elegibles y las situaciones que se pueden presentar a lo largo de un concurso de méritos y proceso de vinculación (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, 2022).

Sentencia No. 3. Emitida el 06 de julio de 2023 bajo el radicado: 08001-23-33-000-2017-00108-01 (4132-2019). Fruto del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Gerardo José González Llinás, en contra de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, por haberse encontrado trabajando para ésta última, en el cargo de Procurador Judicial II, en similares supuestos de hecho a los casos estudiados renglones arriba y pretendiendo la nulidad parcial del oficio SG 4385 del 12 de agosto de 2016 por medio del cual la

entidad le comunicó el decreto que lo desvinculaba y al mismo tiempo nombraba en periodo de prueba al meritorio. Como restablecimiento del derecho solicitó su reintegro, el pago de los emolumentos dejados de percibir y 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

El demandante fue vinculado al cargo que desempeñaba en el año 2012, y el 24 de septiembre de 2015 le informó al Procurador General de la Nación sobre su condición de prepensionado, pues cumplía los 62 años el día 11 de octubre de 2016 (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

El 11 de julio de 2016 la lista de elegibles fue publicada y en ella se incluyó el puesto ocupado por el demandante. Posteriormente, la entidad nombró al señor Borys Gutiérrez Stand por medio del Decreto 3728 del 08 de agosto de 2016, y en el mismo declaró insubsistente a González Llinás. Cuyo retiro se llevó a cabo el día 01 de septiembre de 2016, tras la posesión de Gutiérrez Stand (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

La anterior situación dejó al demandante sin trabajo y sin ningún ingreso económico, faltando mes y medio para que este cumpliera la edad del requisito pensional, pues el requisito de las semanas de cotización lo tenía cumplido desde hace tiempo atrás. Sin embargo, solo hasta el 09 de diciembre de 2016, Colpensiones le reconoció el derecho pensional. González Llinás estuvo 3 meses sin ingresos económicos para cubrir sus necesidades básicas y tuvo que recurrir a préstamos de sus amigos, lo que no solo afectó su mínimo vital sino su estado de ánimo (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

No obstante, en primera instancia el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones por considerar que la desvinculación del demandante estuvo suficientemente motivada, pues se hizo en razón al cumplimiento de una orden judicial (Sentencia C-101 de 2013).

y el nombramiento de quien ganó el concurso de méritos, y que mantenerlo en el cargo significaba desconocer los derechos y principios de la carrera administrativa, pues como provisional sólo gozaba de una estabilidad laboral relativa y que debió haber acreditado la afectación de sus derechos fundamentales (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

Además, consideró que, el demandante había adquirido los requisitos para la pensión el 11 de octubre de 2014, por lo que no le asistía la protección del fuero (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

En la impugnación el señor Gerardo José alegó indebida valoración probatoria por parte del *ad quo*, pues la edad de pensión solo la cumplió hasta el 11 de octubre de 2016, que para la fecha de su desvinculación aún no tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, estaba a menos de tres años de completarlos, por tal motivo era merecedor de la especial protección constitucional, y dado a su despido tuvo que pasar tres meses sin ningún tipo de ingreso lo que claramente causó afectaciones en su mínimo vital (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

En segunda instancia, la Sala recordó en qué consistía la protección especial del fuero de prepensionado y quienes se consideraban prepensionados, no obstante, dio aplicación al criterio jurisprudencial contenido en la SU 003 de 2018, según el cual cuando solo falta la edad y la persona ya tiene las semanas de cotización no se considera prepensionado, pues el requisito de la edad se puede cumplir posteriormente con o sin vinculación laboral (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

La Sala estimó que el tiempo que el actor tuvo que pasar sin vinculación laboral antes de cumplir la edad fue muy corto como para configurar un perjuicio irremediable en la vida del demandante, y si bien no recibió ingresos durante el mismo, esto era normal debido a que se

encontraba desempleado. También destacó el auxilio de cesantías previsto en la Ley como una herramienta para proteger a las personas desempleadas, mientras volvía a percibir ingresos. Por lo anterior, en segunda instancia se confirmó la decisión tomada por el *ad quo* (Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01, 2023).

4.3.1.3 Criterio de análisis de discusión legal sobre las decisiones del consejo de estado.

Al analizar las sentencias relacionadas en el ejercicio anterior, dividiendo los momentos en dos a partir del surgimiento de las normas que regulan la problemática descrita en el primer capítulo, se puede evidenciar como primera medida que en el fallo de tutela correspondiente a la Sentencia No. 1 del Momento 1: Anterior a la normatividad, el Consejo de Estado no discute que el actor pueda sufrir un perjuicio irremediable al quedarse sin empleo tras la provisión del cargo que ocupaba mediante concurso de méritos, sin embargo la Sala manifiesta que no existe norma alguna que le brinde al actor la protección necesaria para que no hubiese sido desvinculado de la entidad, pues si bien se encontraba a menos de 3 años de cumplir con los requisitos para la pensión, al momento de sentencia, la norma existente del retén social solo amparaba a quienes estaban vinculados a entidades en proceso de liquidación o reestructuración y no a quienes fueran desvinculados por el nombramiento del meritorio.

Si bien la protección del retén social puede entenderse como el inicio del fuero de estabilidad laboral reforzada para prepensionados, no significan lo mismo, pues la primera es de origen normativo y la segunda tiene su fundamento en el orden constitucional. Tal y como lo destaca años después el Consejo de Estado, a partir de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional.

Lo anterior, se evidencia en la Sentencia No. 2 del Momento 1, en donde a pesar de que aún no existe normatividad que regule el tema, gracias a la jurisprudencia constitucional, la Sala amparó los derechos del accionante, y ordenó su reintegro hasta que completara los requisitos para acceder a la pensión y fuera incluido en la nómina de Colpensiones. No obstante, limitó la temporalidad del amparo constitucional a la vigencia de la lista de elegibles, de tal suerte que el ganador del concurso de méritos no se viera afectado, sin alcanzar a ser nombrado por la entidad.

Si bien este segundo fallo denota un avance en materia de protección a los prepensionados por parte del Consejo de Estado, pues ya reconoce al prepensionado como un sujeto de especial protección con derecho a ser reubicado en un cargo similar o mejor, lo cierto es que dicha protección se sigue quedando corta, la limita al término de la vigencia de la lista elegibles, como en un intento por balancear los derechos tanto del meritorio como del prepensionado provisional. Sin embargo, dicha solución deja abierta la posibilidad a que el prepensionado sea desvinculado antes de completar los requisitos para evitar que el vencimiento de la lista deje sin nombramiento al elegible.

Situación que se ve superada en el fallo de la Sentencia No. 3 del Momento 1, en donde el Consejo de Estado amparó los derechos del prepensionado ordenando a la entidad su reubicación en un cargo similar o superior y al mismo tiempo ampara los derechos del ganador del concurso ordenándole a la entidad que proceda a realizar su nombramiento.

En este fallo es la Sala recuerda que la estabilidad laboral no es indefinida ni permanente, sino hasta que se completen los requisitos para acceder a la pensión, al mismo tiempo que recuerda en qué consiste la protección: Implementación de acciones afirmativas por parte de la entidad, ser los últimos en desvincular, y en caso *de ser posible* reubicarlos en un cargo similar o mejor hasta que completen los requisitos. Todo esto sin que se vean vulnerados los derechos del ganador del

concurso de méritos. Pues la satisfacción de los derechos de uno no puede recaer en el menoscabo de los derechos del otro.

Sin embargo, salta a la vista, como la Sala utiliza la expresión *de ser posible* y hace un llamado a la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional, de tal manera que se realice una ponderación entre los derechos de los sujetos que componen la relación triangular descrita en el segundo capítulo, y no se termine afectando el núcleo esencial de ninguno de los derechos en disputa.

Posteriormente, comienzan a darse los surgimientos normativos que buscan reglamentar la protección del prepensionado, y el manejo que debe darse a los puestos que están ocupados por provisionales prepensionados y deben ser proveídos mediante la lista de elegibles.

En un primer intento del legislador, en el párrafo segundo del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, ordena que los cargos ocupados en provisionalidad por personas prepensionadas, no podrán ser ofertados en concurso hasta que aquellas completen los requisitos, y extiende la vigencia de las listas de elegibles de dichos cargos a tres (3) años.

Si la anterior norma hubiese existido en el momento en que la Corte Constitucional profirió la Sentencia C - 101 de 2013, y la Procuraduría General de Nación se hubiese ceñido a la misma durante la ejecución el concurso que buscaba proveer *todos* los cargos de Procurador Judicial I y II, muy seguramente no se hubiesen presentado los casos de las tres (3) sentencias del Momento 2: Posterior a la normatividad. Pues al tratarse de sentencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el tiempo transcurrido entre los hechos, la radicación de la demanda y el fallo de segunda instancia resulta bastante extenso, a través de los dos momentos que se estudian.

Por ejemplo, en la Sentencia No. 2 del Momento 2, la Sala estimó que, si bien el demandante tenía derecho a permanecer en el cargo hasta completar los requisitos, no le era dable a la entidad esperar a que los completara, pues le faltaban dos años para ello y el término de vigencia de la lista de elegibles era el mismo, lo que denota la gran relevancia de la extensión del término de la lista de elegibles que el legislador incluyó en la norma citada párrafos arriba.

Que, en la misma Sentencia, la Sala habla de un margen de maniobra por parte de la entidad, en relación a los puestos ofertados y el número de personas que integran la lista de elegibles, con el propósito de analizar qué tan viable es para la entidad el reintegro o reubicación de las personas en condición de prepensionados. No obstante, en ninguna de las normas se evidencia que el legislador haga alusión al margen de maniobra para determinar si un pensionado tiene derecho o no a ser reubicado.

En el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, utiliza la expresión “*deberán ser reubicados*”, en relación a los prepensionados cuyos cargos vayan a ser provistos de manera definitiva mediante concurso, y no incluye conceptos como “*margen de maniobra*”, o “*criterios de racionalidad y proporcionalidad*”. Pues al igual que el Consejo de Estado en la Sentencia No. 1 del Momento 2, para el legislador la protección especial del fuero está cumplida a cabalidad cuando el sujeto logra completar los requisitos para acceder a la pensión.

Pese a lo consagrado en la norma del año 2020 y el Decreto 1415 de 2021 que la reglamentó, en la Sentencia No. 3 se evidencia como el órgano judicial sigue implementando el criterio jurisprudencial de la SU - 003 de 2018, en donde la Corte Constitucional consideró que quienes les faltara solo la edad y ya tuvieran satisfecho el requisito de las semanas de cotización, no se consideraban sujetos de especial protección.

Sin embargo, en las normas mencionadas, esta situación no se tiene en consideración, pues la norma le ofrece protección especial a quienes estén a 3 años o menos de cumplir con los requisitos, y le ordena a las entidades públicas a estas personas hasta que adquieran los requisitos, en plural, entendiéndose como requisitos las semanas de cotización (capital acumulado en el RAIS) y la edad. No hace diferenciación alguna de cuando ya se tiene un requisito y solo falta el otro. La protección legal es hasta que se completen todos los requisitos que le permitan a la persona acceder al beneficio pensional.

4.3.2 Análisis jurisprudencial sobre decisiones de la Corte Constitucional

Con lo anterior se da por terminada la sección del Consejo de Estado. A continuación, se desarrollará el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, para lo cual se radicó derecho de petición ante el órgano jurisprudencial el día 21 de febrero de 2024, solicitando:

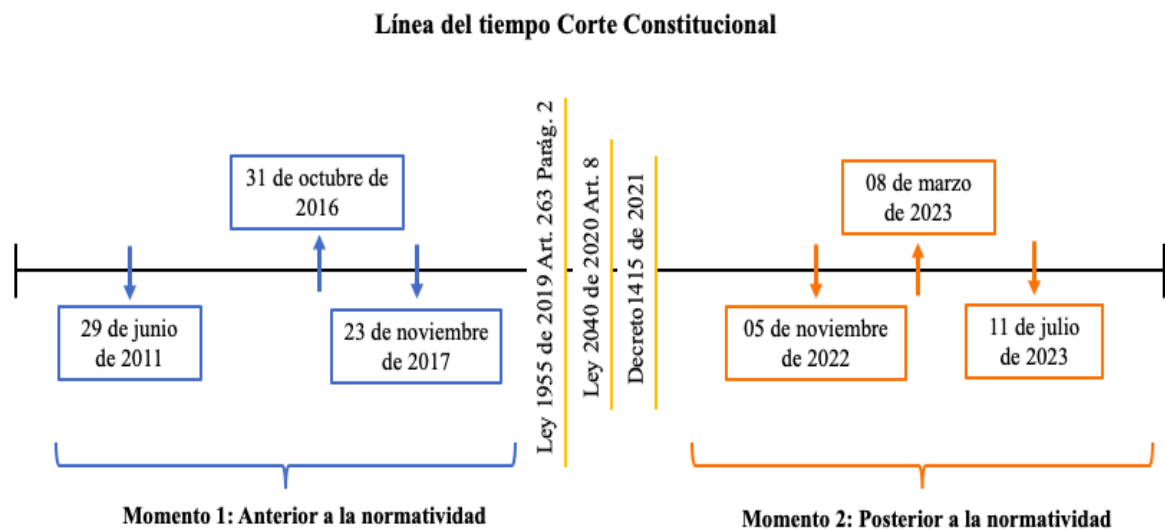
Se envíe copia en PDF de las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional, en relación a las personas vinculadas en provisionalidad a un puesto de carrera administrativa, que ostenta la calidad de prepensionado vs el ganador de concurso de méritos y su vinculación a la entidad (Camacho, 2024).

Al cual se recibió respuesta el día 05 de marzo del 2024, vía correo electrónico, suscrito por la relatoría, en los siguientes términos: “Adjunto a este email encontrará un documento generado a través del sistema de correspondencia oficial de la Corte Constitucional.” (Corte Constitucional, 2024).

Pues bien, tal y como la relatoría manifiesta en la respuesta, se recibieron 14 sentencias de temas relacionados al objeto de estudio del presente trabajo desde el año 2011 a la fecha de respuesta. Por lo anterior, en el ejercicio de análisis jurisprudencial, y con fundamento en el

criterio de discusión legal, se seleccionaron las siguientes sentencias, dado que abordan específicamente el tema del prepensionado en provisionalidad frente al concurso de méritos. Las demás sentencias se referían a prepensionados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Figura 13. *Línea del tiempo de decisiones de la Corte Constitucional.*



4.3.2.1 Primer momento: anterior a la normatividad de la Corte Constitucional. Las decisiones a estudiar de esta Alta Corte, son:

Sentencia No. 1. Proferida el 29 de junio de 2011, bajo la referencia No. Expediente T-2910430, acción de tutela interpuesta por Florinda Urrego Jiménez contra la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. La accionante fungía como docente provisional, nombrada mediante Resolución No. 714 del 1 de marzo de 2006, y desempeñaba labores en el área de ciencias sociales. El 23 de marzo de 2010, informó a la entidad que le faltaban aproximadamente dos años para pensionarse y solicitó que su cargo no se ofertará hasta entonces. Pese a ello, vía Acuerdo No. 034

de 2009, la Secretaría procedió a proveer vacantes mediante concurso de méritos y reemplazó a la actora, argumentando que la provisión por concurso ponía término a su provisionalidad (Sentencia T-498, 2011).

Por tal motivo, Florinda Urrego Jiménez interpuso acción de tutela alegando vulneración de sus derechos al mínimo vital, seguridad social, vida digna, salud, trabajo e igualdad. En primera instancia le correspondió al Juzgado Catorce Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, quien concedió el amparo y ordenó su restitución al cargo y ante segunda instancia, el Juzgado cuarenta y uno penal del Circuito de Bogotá D.C. resolvió revocar por considerar que el amparo solicitado era improcedente (Sentencia T-498, 2011).

La Corte examinó, primero, la procedencia de la tutela frente a un acto administrativo particular, reiterando que la acción es residual y sólo procede excepcionalmente cuando existe perjuicio irremediable o no hay otro medio judicial eficaz. Luego, se adentra en la doctrina sobre la estabilidad laboral reforzada por prepensión, entendiendo que las personas próximas a pensionarse merecen protección especial contra la terminación del vínculo laboral sin causa justificada, especialmente si dependen de ese ingreso para su sustento (Sentencia T-498, 2011).

Asimismo, la Corte analizó el sistema de concurso público como mecanismo para proveer cargos docentes oficiales bajo el Estatuto de Profesionalización, que exige provisión mediante mérito y limita la provisionalidad frente a vacantes definitivas (Sentencia T-498, 2011).

En el caso concreto, concluyó que la desvinculación de la docente provisional que estaba próxima a pensionarse vulneraba sus derechos fundamentales al mínimo vital y a condiciones dignas de vida, así como los derechos de su madre, de 92 años y dependiente económico de la actora. Por tanto, ordenó su reintegro inmediato al cargo docente, como única fuente de ingresos,

hasta tanto se realizarán los procesos de concurso o provisión en propiedad (Sentencia T-498, 2011).

Sentencia No 2. Proferida el 23 de noviembre de 2017, bajo la referencia No. Expedientes T-5.761.808, T-5.846.142, T-5.858.331 y T-5.959.475 acumulados, acción de tutela interpuesta por Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arismendy, Claudia Ledesma Ibarra y Diana Ortegón Pinzón contra la Procuraduría General de la Nación (Sentencia SU-691, 2017).

Los accionantes ocupaban los cargos de procuradores judiciales objeto de concurso, al no hacer parte de las listas de elegibles fueron desvinculados de la Procuraduría General de la Nación, pese a tratarse de personas próximas a pensionarse y/o mujeres cabeza de familia (Sentencia SU-691, 2017).

La Corte Constitucional examinó el conflicto entre la estabilidad laboral reforzada que ampara a Luis Hernando Ortiz Valero, servidor público en condición de prepensionado, y el derecho al nombramiento de un tercero que figura en el registro de elegibles tras superar un concurso de méritos (Sentencia SU-691, 2017).

Luis Hernando Ortiz Valero alegó que su despido vulnera su derecho a la estabilidad laboral reforzada, dado que estaba próximo a pensionarse y esta condición le otorgaba una protección especial frente a la terminación injustificada de su contrato laboral (Sentencia SU-691, 2017).

Por otro lado, el aspirante al cargo con derecho a ser nombrado, tras el concurso de méritos, reclamó que la entidad debía respetar el orden de elegibles y que la permanencia de Luis Hernando

Ortiz Valero como servidor provisional impedía hacer efectivo ese derecho (Sentencia SU-691, 2017).

La Corte señaló que la estabilidad laboral reforzada para los prepensionados es una garantía constitucional destinada a proteger la seguridad en el empleo y asegurar una vejez digna. Sin embargo, esta protección no es absoluta y debe ponderarse frente a otros derechos constitucionales, como el derecho al nombramiento basado en concursos públicos y la igualdad en el acceso al empleo público (Sentencia SU-691, 2017).

En conclusión, la Corte ordenó respetar la estabilidad laboral reforzada de Luis Hernando Ortiz Valero en la medida en que no afecte los derechos de terceros legitimados por concursos de méritos, estableciendo un equilibrio que garantice la protección constitucional del prepensionado sin desconocer el derecho al nombramiento legítimo de quienes han aprobado dichos concursos, evitando así arbitrariedades y asegurando la legalidad y justicia en el empleo público (Sentencia SU-691, 2017).

Sentencia No. 3. Proferida el 31 de octubre de 2016 en el expediente T-5556251 y otros acumulados, estudia varias acciones de tutela interpuestas por servidores públicos prepensionados que fueron desvinculados de sus cargos, alegando violación de sus derechos fundamentales por falta de consideración de su condición de prepensionado (Sentencia T-595, 2016).

La Corte advierte que, en principio, estos servidores no pueden acudir a la acción de tutela para reclamar reintegro, pues existe para ello la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, medio específico y eficaz. Sin embargo, admite que excepcionalmente es procedente la tutela cuando se demuestra un perjuicio irremediable y el medio ordinario resulta inadecuado para la protección efectiva de los derechos invocados (Sentencia T-595, 2016).

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que los servidores en provisionalidad, sujetos a protección especial, como personas próximas a pensionarse, madres o padres cabeza de familia, o personas con discapacidad, enfrentan una relación de dependencia entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. Por ello, su estabilidad laboral requiere una ponderación entre estos derechos y los principios que rigen la carrera administrativa (Sentencia T-595, 2016).

En tres de los casos analizados, la Corte concluyó que no se probaron los elementos necesarios para declarar la existencia de un perjuicio irremediable, por lo cual negó la protección solicitada. En un caso, sin embargo, concedió la tutela, pues el actor se encontraba en una precaria situación económica, de avanzada edad y sin otra fuente de ingresos, cumpliendo con los requisitos de prepensionado (Sentencia T-595, 2016).

La Corte ordenó, además, que cuando la administración deba proveer cargos mediante concurso, como ocurrió en estos casos, debe prever mecanismos que garanticen que los servidores en situación de especial protección sean los últimos en ser desvinculados y, de haber vacantes equivalentes disponibles, sean vinculados provisionalmente mientras se realiza un nuevo concurso. No obstante, recalcó que prevalece el derecho de quienes ganan el concurso público de méritos (Sentencia T-595, 2016).

En síntesis, la decisión confirma que, aunque la estabilidad laboral reforzada no es absoluta, la administración debe actuar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad al desvincular a prepensionados en provisionalidad y debe priorizarse dentro de los márgenes permitidos constitucionalmente (Sentencia T-595, 2016).

4.3.2.2 Segundo momento: posterior a la normatividad de la Corte Constitucional. Es de destacar las siguientes decisiones:

Sentencia No. 1. Proferida el 05 de diciembre de 2022, bajo la referencia No. Expediente T-8.819.497, acción constitucional de tutela instaurada por el señor Edgar Castro Córdoba contra el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas (Antioquia) (Sentencia T-433, 2022).

Edgar Castro Córdoba participó en convocatoria 4 de empleos de tribunales, juzgados y centros de servicios, en el cual aprobó el examen y cumplió requisitos exigidos para el cargo de secretario municipal optó para que lo nombraran en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas, al haber obtenido el primer lugar y atendiendo a que no existían otros postulantes, podía ser designado sin dilación en dicha dependencia (Sentencia T-433, 2022).

El Juez Segundo Promiscuo Municipal de Caldas mediante Resolución 003 del 24 de febrero de 2022 se abstuvo de realizar el nombramiento del señor Edgar Castro dado que el cargo estaba ocupado en provisionalidad, por Flor Alba Benjumea Durango, una mujer de 56 años de edad quien había demostrado tener fuero de prepensionada y por tanto gozaba de estabilidad laboral reforzada (Sentencia T-433, 2022).

Por lo anterior, el señor Edgar Castro Córdoba interpuso una acción de tutela, la cual fue asignada a la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia. La cual concedió el amparo solicitado, y ordenó al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas incorporar al señor Edgar Castro Córdoba al cargo para el que resultó elegido primero según Acuerdo CSJANTA22-17 del 7 de enero de 2022, esto es, el de secretario del Juzgado. Además, ordenó al Juzgado que, en coordinación con el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, protegiera los derechos de la señora Flor Alba Benjumea Durango y esta fuese nombrada en un cargo vacante

similar ya fuese en dicha dependencia judicial o en otra y hasta que cumpliera las condiciones para obtener su pensión y fuese incluida en la nómina de pensionados (Sentencia T-433, 2022).

Como consecuencia de ello, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal presentaron impugnación, y el 12 de mayo de 2022, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela al considerar que no había sido superado el requisito de procedibilidad (Sentencia T-433, 2022).

La Corte Constitucional seleccionó la tutela para su revisión y concluyó que cuando esté en controversia los derechos entre una persona que ha ocupado el primer lugar en el registro de elegibles y otro servidor con estabilidad laboral relativa al encontrarse próximo a pensionarse en un cargo en provisionalidad. En estos casos, lo procedente es ofrecer a este último otra vacante equivalente que se encuentre disponible mientras completa las semanas suficientes para acceder efectivamente a su derecho pensional (Sentencia T-433, 2022).

Sentencia No. 2. Proferida el 8 de marzo de 2023, bajo la referencia No. Expediente T-8.987.455, acción constitucional de tutela instaurada por la señora Blanca Bellanid Galíndez Joven contra la Secretaría de Educación Departamental de Putumayo. La accionante se desempeñó como auxiliar de servicios generales en la Secretaría de Educación Departamental de Putumayo, a través de un nombramiento en provisionalidad, durante el período comprendido entre el 15 de mayo de 1998 y el 15 de marzo de 2022 (Sentencia T-052, 2023).

El 14 de mayo de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó concurso de méritos para proveer el cargo que ocupaba la accionante. La Secretaría de Educación manifestó a la señora Blanca Bellanid que garantizaría su continuidad laboral con el fin de no vulnerar su status de prepensionada, dado que laboró 23 años para la entidad (Sentencia T-052, 2023).

No obstante, mediante Resolución No. 1224 del 24 de febrero de 2020, se dispuso su desvinculación a partir del 15 de marzo siguiente, con el fin de nombrar en el cargo a la señora Ingri Paola Cortés Ortiz, quien hacía parte de la lista de elegibles provista para ocupar dicho cargo (Sentencia T-052, 2023).

Al momento de la desvinculación, la señora Blanca Bellanid tenía 59 años de edad. Según el reporte de CETIL, cotizó entre el 15 de mayo de 1998 y el 30 de junio de 2009 a la Caja Nacional de Previsión, y entre el 1 de julio de 2009 y el 15 de marzo de 2022 a Colpensiones (Sentencia T-052, 2023).

El 21 de marzo de 2022, la accionante solicitó reconocimiento de su condición de prepensionada. La entidad informó que contaba con 1016 semanas de cotización, según el reporte de Colpensiones, por lo que no cumplía con el requisito de haber cotizado 1150 semanas exigidas para obtener dicha calidad. Ante esto, presentó recurso de reposición y, en subsidio apelación; sin embargo, la entidad confirmó la decisión y reiteró que no cumplía los requisitos para ser prepensionada (Sentencia T-052, 2023).

Por lo anterior, la señora Blanca Bellanid interpuso una acción de tutela, la cual fue asignada al Juzgado Segundo Civil Municipal de Mocoa, Putumayo. Dicho despacho negó el amparo solicitado, al considerar que la desvinculación de la actora obedeció a la provisión definitiva del empleo que ostentó en provisionalidad, por lo que su retiro no fue caprichoso. Además, el juzgado concluyó que no evidenció una afectación a sus derechos fundamentales, ya que la accionante no presentó elementos de prueba que demostraran una afectación a su mínimo vital ni a su dignidad humana (Sentencia T-052, 2023).

Como consecuencia de ello, la señora Blanca Bellanid presentó impugnación, y el 23 de agosto de 2022, el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa revocó la decisión de primera instancia.

En su lugar, declaró improcedente el amparo, al considerar que la accionante podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para obtener un pronunciamiento sobre la validez del acto administrativo que ordenó su desvinculación, sin tener en cuenta su condición de prepensionada (Sentencia T-052, 2023).

La Corte Constitucional seleccionó la tutela para su revisión y concluyó que la Secretaría de Educación Departamental de Putumayo y Colpensiones vulneraron los derechos fundamentales de la actora a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, a la dignidad humana, y al mínimo vital. Esto, debido a la inconsistencia en el registro de semanas cotizadas, lo cual afectó negativamente el reconocimiento de su condición de prepensionada y, en consecuencia, su derecho a la estabilidad laboral reforzada (Sentencia T-052, 2023).

A pesar de eso, la Corte Constitucional reitera que existe una tensión entre los derechos de las personas prepensionadas y el respeto de la carrera administrativa. Por lo que no es posible ordenar el reintegro inmediato de la actora porque vulneraría los derechos fundamentales de la señora Ingri Paola Cortés, quien accedió a la vacante a través de concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de la corporación, que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos (Sentencia T-052, 2023).

No obstante, ordenó la actualización de la historia laboral y el reintegro de la accionante a un cargo vacante como el que desempeñaba o uno con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba antes de la fecha en la que fue desvinculada y hasta que le sea reconocido el derecho a la pensión y se verifique su inclusión en nómina. En caso de no contar con vacantes disponibles, la accionante deberá ser incluida en la lista de servidores con estabilidad laboral a ser reintegrados en cuanto la entidad cuente con vacantes (Sentencia T-052, 2023).

Sentencia No. 3. Proferida el 11 de julio de 2023, bajo la referencia No. Expediente T-9.041.640, acción constitucional de tutela instaurada por la señora Blanca Enaida Rojas Pérez contra Municipio de Tibasosa (Boyacá). La tutelante se desempeñó como auxiliar administrativo, código 407, grado 09, en el Municipio de Tibasosa -Boyacá, a través de un nombramiento en provisionalidad, desde el 12 de marzo de 2002 (*Sentencia T-253, 2023*).

El 14 de mayo de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó concurso de méritos para proveer el cargo que ocupaba la accionante. La señora Enaida Rojas Pérez se inscribió en dicho concurso y cumplidas las etapas de la convocatoria, la CNSC publicó la lista de elegibles mediante Resolución 2785 del 1 de marzo de 2022, en la cual se ubicó en la tercera posición (*Sentencia T-253, 2023*).

El 31 de marzo de 2022, fue notificada de la terminación de su nombramiento provisional dado que mediante Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, expedida por la alcaldesa del Municipio de Tibasosa Boyacá, se nombró en período de prueba, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 09, a la señora Diana María Sierra Ortiz, quien ocupó el segundó puesto en la lista de elegibles (*Sentencia T-253, 2023*).

Blanca Enaida Rojas Pérez presentó recurso de reposición contra la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, solicitó la revocatoria de la terminación de su nombramiento en provisionalidad por gozar de estabilidad laboral reforzada al tener la calidad de prepensionada, es madre de cabeza de familia y ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles y el 2 de mayo de 2022, la alcaldesa de Tibasosa Boyacá resolvió el recurso de manera desfavorable (*Sentencia T-253, 2023*).

Por lo anterior, la señora Blanca Enaida Rojas Pérez interpuso una acción de tutela, la cual fue asignada al Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa. Dicho despacho concedió el amparo solicitado, y ordenó al Municipio de Tibasosa su reincorporación a un cargo vacante con funciones

similares o equivalentes a las que desempeñaba; y el pago de los salarios y aportes dejados de pagar hasta que cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez (Sentencia T-253, 2023).

Como consecuencia de ello, el Municipio de Tibasosa presentó impugnación, y el 31 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Duitama revocó la decisión de primera instancia. En su lugar, declaró improcedente el amparo, al considerar que la accionante podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa (Sentencia T-253, 2023).

La Corte Constitucional seleccionó la tutela para su revisión y concluyó que en virtud de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, el Municipio de Tibasosa, Boyacá, debía nombrar a la señora Blanca Rojas en el cargo de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 09, o en cargo equivalente, tan pronto exista una vacante definitiva mientras siga vigente la lista de elegibles de la OPEC 67261 de la Convocatoria 1241 de 2019 en la que participó. De no surgir vacante definitiva durante la vigencia de la lista, la entidad deberá vincular a la accionante en un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando cuando surja una nueva vacante definitiva, en virtud de la garantía a la estabilidad laboral reforzada en su calidad de prepensionada. De lograrse esta última vinculación, estará limitada al tiempo necesario para cumplir con el número de semanas de cotización necesarias para obtener su pensión de vejez (Sentencia T-253, 2023).

4.3.2.3 Criterio de análisis de discusión legal Corte Constitucional. Al revisar las sentencias proferidas por la Corte Constitucional antes de la expedición de las normas que regulan de manera expresa la protección del prepensionado en provisionalidad frente al concurso de méritos, se evidencian importantes avances jurisprudenciales, pero también tensiones no resueltas

del todo entre el derecho a la estabilidad reforzada y el principio de mérito como pilar de la carrera administrativa.

En la sentencia No. 1 del momento 1 marca un precedente en donde la Corte reconoce una estabilidad laboral reforzada de hecho para prepensionados en cargos provisionales, sustentada en el respeto a la dignidad humana y la garantía de una vejez digna. No obstante, se percibe una falta de lineamientos estructurales que permitan balancear esa protección con los derechos de los elegibles.

Ahora bien, la sentencia No. 2 momento 1 representa un punto de inflexión importante: aunque ratifica el carácter reforzado de la estabilidad del prepensionado, se establece la necesidad de hacer una ponderación de derechos frente al nombramiento de un tercero legitimado. En otras palabras, se reconoce que el fuero no puede convertirse en un obstáculo insalvable para el mérito y la igualdad en el acceso al empleo público.

Así mismo, en la sentencia No. 3 momento 1 profundizan los criterios de procedencia de la acción de tutela para casos de prepensionados desvinculados. La Corte enfatiza que el medio adecuado para la reclamación suele ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que se demuestre un perjuicio irremediable.

Este fallo refuerza la idea de que la protección debe atender al caso concreto y a la vulnerabilidad demostrada, sin desconocer el principio de mérito. Además, ordena a la administración garantizar que los prepensionados sean los últimos en ser desvinculados y que, de ser posible, se reubiquen en vacantes disponibles.

Estas decisiones, previas a la expedición de la Ley 1955 de 2019 y la Ley 2040 de 2020, evidencian cómo la Corte fue sentando las bases del equilibrio entre derechos en tensión, aunque

sin un marco normativo claro y uniforme que guiara su implementación en la práctica administrativa.

Tras la entrada en vigencia de normas como el párrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, se introdujeron disposiciones explícitas sobre la protección del prepensionado en cargos provisionales. No obstante, las sentencias analizadas muestran cómo, a pesar del avance legislativo, las tensiones entre derechos persisten y se siguen resolviendo mediante criterios de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación jurisprudencial.

Como se observa en la sentencia No. 1 momento 2 la Corte enfrentó una situación en la que el nombramiento de un aspirante que ocupó el primer lugar en el concurso fue frenado por la existencia de una servidora con estabilidad reforzada por prepensión. Aunque la primera instancia amparó al prepensionado y ordenó su reubicación, el Consejo de Estado revocó por improcedencia.

La Corte, al revisar la tutela, reitera el criterio ya sostenido en sentencias previas: el prepensionado no debe ser desplazado sin que se evalúe la posibilidad de reubicarlo en otra vacante similar, disponible dentro de la entidad. Es decir, la estabilidad laboral reforzada no es una barrera absoluta al mérito, pero sí impone cargas institucionales para garantizar el goce efectivo del derecho a una vejez digna. Aquí, la Corte aplica de manera más decidida el principio de reubicación efectiva, bajo los lineamientos de la Ley 2040 de 2020.

De igual modo, en la sentencia No 2 del momento 2 demuestra cómo la falta de actualización precisa de la historia laboral puede afectar negativamente el reconocimiento del fuero de prepensionado. A pesar de que la actora fue desvinculada tras la provisión por concurso, la Corte encontró que su historia laboral contenía inconsistencias que derivaron en una vulneración de derechos fundamentales.

Si bien no ordenó su reintegro al cargo original para no vulnerar los derechos de la elegible por mérito, sí exigió su reubicación en un puesto similar hasta que accediera a la pensión. Este fallo representa una aplicación clara de los principios contenidos en la Ley 2040 de 2020, particularmente en cuanto a la protección del prepensionado y la obligación estatal de garantizar estabilidad laboral al provisional mientras cumple con los requisitos pensionales, sin afectar a los ganadores del concurso.

Finalmente, en la última sentencia del momento 2 muestra la aplicación retroactiva de la Ley 1960 de 2019, en defensa de una mujer prepensionada y madre cabeza de familia que también era parte de la lista de elegibles. A pesar de haber ocupado el tercer lugar y ser desplazada por la persona que ocupó el segundo puesto, la Corte consideró que debía ser nombrada nuevamente en el cargo vacante o equivalente, tan pronto existiera disponibilidad, y por el tiempo necesario para alcanzar su pensión.

Este fallo subraya la evolución jurisprudencial hacia un modelo en el que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no anula el principio de mérito, pero sí impone a las entidades públicas el deber de ajustar su gestión del talento humano de forma que ninguna de estas garantías se vea anulada.

4.3.3 Desde la óptica del análisis económico del derecho

Después de sintetizar algunos fallos judiciales proferidos por el órgano de cierre de la jurisdicción Administrativa y la Corte Constitucional, antes y después de la normatividad que surgió con el propósito de regular el conflicto que se genera en torno de las personas prepensionadas vinculadas en provisionalidad y quien gana el concurso de méritos para el cargo

ocupado por aquel, se realizó un estudio de los mismos desde el criterio de análisis de discusión legal.

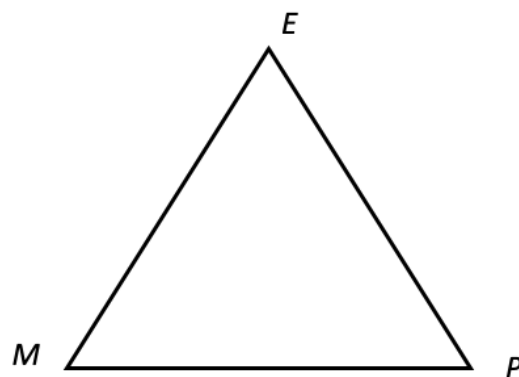
Ahora, en esta sección se retomará el problema planteado en el primer capítulo, desde la óptica presentada a lo largo del segundo capítulo del presente trabajo, es decir a través de la escuela del Análisis Económico del Derecho.

Para comenzar se presentará una síntesis de las dos condiciones del teorema de Ronald Coase expuestas en el segundo capítulo:

- Que esté definido de manera clara, el derecho de cada uno de los sujetos que intervienen.
- Que no existan costos de transacción, que el acuerdo no suponga un desembolso adicional mayor y que cada parte tenga claro el valor de su derecho.

Así las cosas, se aterrizan las condiciones mencionadas líneas arriba al ejemplo de la relación triangular expuesto en el segundo capítulo:

Figura 14. *Relación triangular.*



E representa el Estado por medio de la entidad estatal que actúa como empleadora; *P* representa el provisional en condición de prepensionado; *M* representa el meritorio que busca su vinculación producto del concurso de méritos.

- En cuanto a la definición clara de los derechos que tiene cada uno de los integrantes de la relación triangular, podría estimarse lo siguiente:

E: La entidad tiene derecho a contar con personas altamente capacitadas, con las actitudes y habilidades necesarias para desarrollar en la manera más eficiente posible las actividades que logran los fines del Estado, lo cual se logra a través del sistema de carrera administrativa mediante el concurso de méritos y se suple transitoriamente por intermedio de los nombramientos en provisionalidad.

P: La persona nombrada en provisionalidad que se encuentra en condición de prepensionado, goza de una especial protección constitucional que conlleva una estabilidad laboral reforzada, con el propósito de que pueda alcanzar los requisitos mínimos necesarios para acceder al derecho pensional.

M: El ganador del concurso de méritos, encarna el sistema de carrera administrativa y todo lo que este representa, igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, estabilidad laboral con condiciones dignas de trabajo, entre otros, una mezcla entre garantías y derechos para quienes participan en él. Además de considerarse como la mano de obra calificada para el desempeño de las funciones públicas del cargo para el cual concursó.

- En cuanto a la segunda condición, relacionada con el costo de la transacción o acuerdo, es el sentir de las presentes autoras que la sentencia que resuelve la protección más completa para los actores de la relación triangular, es la Sentencia 3 del Momento 1 del Consejo de Estado, pues en esa ocasión el Consejo de Estado modificó el fallo de primera instancia

que amparaba los derechos del prepensionado para que fuera reintegrado y resolvió extender el amparo constitucional al ganador del concurso de méritos ordenando a la entidad su nombramiento, y la reubicación del prepensionado en un cargo similar o equivalente.

Con la decisión adoptada por el Consejo de Estado, se logró brindar una protección a los tres integrantes de la relación triangular, a *P* la reubicación le da la oportunidad de completar los requisitos para acceder al derecho pensional, sin que se vulneren sus derechos al mínimo vital, trabajo y seguridad social entre otros. Por su parte, *M* logra la culminación del derecho al mérito y con ello la realización del sistema de carrera administrativa. Mientras que *E* consigue a un servidor público preparado con los conocimientos y aptitudes idóneas para el desempeño de las funciones planteadas en el cargo, mientras que le permite a *P* la culminación de su derecho pensional, sin que esto conlleve alguna sobrecarga o costo económico adicional para las partes, logrando que el costo de la transacción sea cero y con ello se le dé la mayor eficiencia posible a la realización de los derechos.

Ahora bien, en cuanto a la reubicación de *P*, puede que la entidad no tenga un cargo vacante similar, o superior al que desempeñaba, pero puede que tenga uno que se encuentre ocupado por un provisional que no goce de ningún fuero de estabilidad laboral reforzada, entonces se entendería que su declaratoria de insubsistencia está debidamente motivada al ser justificado por el cumplimiento de un fallo judicial que ordena la reubicación de un prepensionado o sin necesidad de acudir a instancia judicial, porque la *E* le dé cumplimiento a la protección especial constitucional de la cual goza *P*. En todo caso, el costo de la transacción no varía y continúa siendo cero.

Sin embargo, las autoras del presente estudio consideran que existe una sobrecarga económica poco considerada por parte de los actores de la relación triangular, en especial por *E*, como responsable de los actos administrativos de nombramiento, desvinculación y reubicación, y es la que se le impone al sistema judicial de tener que someter a estudio cada uno de los casos que se presentan a diario en relación al conflicto planteado en el primer capítulo, el cual se encuentra regulado por la normatividad criterio de análisis del presente capítulo.

Pues con la normatividad vigente, ante una disputa como la descrita en la relación triangular, está claro que la entidad deberá reubicar al prepensionado, hasta que el mismo cumpla los requisitos para acceder a la pensión. Y el hecho de que las entidades ignoren la disposición legal termina poniendo en riesgo los derechos de los sujetos M y P, lo que conlleva a la activación por parte de estos del aparato judicial, generando además de una vulneración a los derechos de los implicados, un desgaste para la administración de justicia.

En relación al sistema judicial, a pesar de que ya existe regulación normativa para la materia, el mismo sigue utilizando criterios jurisprudenciales que distan de la protección del legislador, como demostrado en las sentencias estudiadas del Momento 2 del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en donde se limita protección al *margen de maniobra* de la entidad o al cumplimiento de un solo requisito, como son las semanas de cotización, dejando de lado la edad.

En conclusión, las entidades públicas o el extremo empleador de la relación laboral que represente al Estado, están en la obligación de acatar las disposiciones normativas que regulan la materia y reubicar al prepensionado al mismo tiempo que deben realizar el nombramiento del ganador del concurso de méritos, sin necesidad de que se generen disputas que terminan congestionando el sistema judicial.

4.3.4 Diferencias y similitudes entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional

Diferencias:

- El Consejo de Estado al momento de estudiar sobre la procedibilidad de la acción de tutela, considera que en los casos donde el accionante pierde el empleo y manifiesta no tener otra fuente de ingresos económicos para su subsistencia, se entiende que el mismo está ante una vulneración del derecho al mínimo vital que podría causar un perjuicio irremediable, y le traslada la carga de la prueba a la entidad que quiera desvirtuar dicha presunción. Por su parte, la Corte Constitucional sostiene que el perjuicio irremediable para la procedencia de la acción de tutela debe ser alegado y demostrado por el accionante para proceder al estudio de su caso por medio de la acción constitucional, de lo contrario el mecanismo se debe declarar improcedente.
- La Corte Constitucional ordena el reintegro a la entidad si existe un cargo vacante similar, en caso contrario ordena que la persona sea incluida en una lista de servidores con estabilidad laboral para que posteriormente cuando surja una vacante de un empleo similar se le vincule por el tiempo necesario para que complete las semanas de cotización.

Por su parte, en el Consejo de Estado se evidencian diferentes posturas diferentes; durante el Momento 1 tiende a proteger a los dos sujetos en disputa, es decir tanto al meritorio como al provisional prepensionado, ordenando el nombramiento del primero y la reubicación del segundo en un cargo similar o en su defecto ordena el reintegro del prepensionado amparando sus derechos con el límite temporal de la vigencia de la lista de elegibles para no perjudicar el nombramiento del ganador del

concurso. Mientras que en el Momento 2 se destacó por sobre poner los derechos del meritorio por encima del prepensionado, aludiendo al *margen de maniobra* de la entidad y justificando la desvinculación del provisional prepensionado por el nombramiento del ganador del concurso.

- El Consejo de Estado si bien reconoce la protección especial constitucional del prepensionado, en el momento 2 se evidencia como subordina dicha protección, ante los derechos del meritorio, alegando proteger los principios de la carrera administrativa. Por su parte, la Corte Constitucional la reconoce como una garantía constitucional reforzada, a la cual le es inherente una protección especial, más aún cuando está en riesgo el mínimo vital.

Similitudes:

- Los dos órganos judiciales coinciden en que la procedencia de la acción de tutela para discutir asuntos relacionados con la desvinculación de una persona que se encontraba nombrada en provisionalidad ante el nombramiento de quien supera el concurso de méritos, es solo de carácter subsidiario, como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y en caso contrario, la acción constitucional debe ser declarada improcedente.
- En sentencias proferidas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado llama la atención que el juzgador limita la protección del fuero de estabilidad laboral reforzada a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, aun después de la normatividad criterio de análisis, en donde no se evidencia ningún condicionamiento para dicha protección.

- La Corte al igual que el Consejo de Estado comparten que la estabilidad laboral de los prepensionados no es absoluta sino relativa, que la protección especial constitucional no les otorga una permanencia indefinida dentro de la entidad, y cuando entra en conflicto con el nombramiento de quien superó el concurso de méritos deben ponderarse los derechos de los dos actores en disputa.
- Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado reconocen que la protección especial del prepensionado y su estabilidad laboral reforzada nacen como un derecho constitucional derivado del principio de dignidad humana y mínimo vital.
- El reintegro del prepensionado al mismo cargo no siempre es procedente, sobre todo si hay otra persona con derecho legítimo vía concurso por lo cual, la Corte Constitucional al igual que el Consejo de Estado coinciden en que las entidades deben propender por la reubicación de las personas prepensionadas en cargos vacantes similares, equivalentes o superiores.

De manera conclusiva del presente capítulo se tiene que:

Que con el análisis de las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional traen consigo unas decisiones que van en principio desde un marco sin regulación específica hacia un reconocimiento sólido del fuero de estabilidad laboral reforzada para los prepensionados en cargos de provisionalidad. Antes de la Ley 1955 de 2019 y la Ley 2040 de 2020, los fallos judiciales estaban sustentados en principios constitucionales como la dignidad humana, el mínimo vital y la protección especial a personas en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, esta protección dependía de la interpretación y análisis judicial que se le diera a cada caso, por ello se genera una incertidumbre y disparidad de criterios. Por eso, con la evolución jurisprudencial, se configura el

medio de protección que sentó las bases para la posterior regulación normativa, demostrando que la jurisprudencia actuó como fuente creadora y orientadora de políticas laborales.

Por otro lado, la jurisprudencia consolidó la postura sobre la estabilidad laboral reforzada de prepensionados en cargos provisionales, quienes no tenían una permanencia indefinida en el empleo, ni que su derecho prevalecía automáticamente sobre el derecho de quienes ganan un concurso de méritos. El fuero especial se traduce en la obligación de las entidades públicas de implementar acciones para reubicar en cargos equivalentes, así como la prelación en la desvinculación o la permanencia temporal, para permitir que el prepensionado complete los requisitos de pensión sin que se vea afectada la transparencia y la igualdad de oportunidades que se garantiza con el principio de mérito. Este equilibrio busca evitar que la protección constitucional de grupos vulnerables se convierta en un obstáculo para el acceso a la función pública mediante concursos de méritos.

Que con la expedición del párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 y el Decreto 1415 de 2021, se marca un hito en la protección de prepensionados, pues se ordena que los cargos no se oferten hasta que completen los requisitos para la obtención de la pensión y con ello también se establece la obligación de reubicarlos. No obstante, la práctica ha mostrado limitaciones. Y más si aún persisten diferencias entre la norma y criterios jurisprudenciales, como los contenidos en la SU-003 de 2018, que niegan la protección cuando solo falta cumplir la edad pensional y ya se tienen las semanas cotizadas. Además, depende de la capacidad administrativa y presupuestal de cada entidad, lo que genera aplicaciones desiguales y reaviva la tensión entre derechos fundamentales y principios de carrera administrativa.

Con respecto al análisis económico del derecho, se evidencia que garantizar de manera simultánea tanto los derechos del prepensionado y del meritorio genera costos adicionales para las entidades públicas (por doble pago temporal, gastos de reubicación o ajustes organizacionales). Sin embargo, desde la perspectiva de eficiencia y equidad, le incumbe al Estado asumir estos costos, dado que es quien tiene mayor capacidad para distribuir las cargas sin comprometer la prestación del servicio público ni vulnerar derechos fundamentales. Así, las decisiones judiciales analizadas dan cuenta de una orientación hacia esta asignación eficiente de responsabilidades, en donde se prioriza la protección de sujetos vulnerables sin que se sacrifique el mérito como criterio rector de la función pública.

Finalmente, en lo relativo a la falta de sentencias de unificación y los criterios variables entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, generan una incertidumbre jurídica, además de altos costos de transacción y un incremento en los litigios. En particular, persisten dudas sobre quién califica como prepensionado cuando falta un requisito, ya sea edad o las semanas. Y sobre el alcance temporal de la protección frente a la vigencia de las listas de elegibles. Por ello, es indispensable unificar lineamientos jurisprudenciales y fortalecer la planeación administrativa de concursos para prever estos escenarios. Puede señalarse que una línea jurisprudencial sólida reduciría conflictos, permitiría decisiones más predecibles contribuyendo a la seguridad jurídica, además de facilitar la asignación de recursos humanos en el sector público y aseguraría la armonización tripartita entre el principio de mérito, la estabilidad laboral reforzada y la sostenibilidad fiscal del Estado.

5. Conclusiones

Que el estudio realizado demuestra que no existe una barrera estructural entre lo que es la protección especial para los servidores prepensionados en provisionalidad y el principio a acceder al cargo por concurso de méritos. Pero, desde el análisis realizado a la teoría de Coase y el de los costos de las decisiones jurídicas y/o administrativas, se observa que el conflicto nace cuando la imposición de la carga económica se traslada a una sola de las partes, que en este caso corresponde al Estado, quien tiene una mayor capacidad patrimonial y organizacional, para poder asumir estos costos temporales (como lo es la reubicación de empleados, coexistencia transitoria de dos trabajadores vinculadas para un mismo cargo o en su defecto la creación de plazas equivalentes), sin que con ello se pueda afectar el servicio. En consecuencia, es el Estado quien debe asumir un rol equilibrador con el fin de preservar simultáneamente los derechos fundamentales a la dignidad humana, el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, evitando que el fuero de prepensionados sea un privilegio absoluto o que en su defecto la carrera administrativa quede desprotegida.

Que desde el análisis integral realizado se puede detallar que la vinculación de servidores públicos va más allá del pago salarial, deben tenerse en cuenta también los valores como de prestaciones, de seguridad social, bienestar, capacitación y dotación, además de las reubicaciones, demandas y pagos paralelos. Es claro que estos valores deben ser incorporados a la planeación administrativa para evitar decisiones que generen sobre costos y afecten la estabilidad financiera de las entidades públicas. Desde el AED, este hallazgo fortalece la necesidad de implementar medios para la gestión estratégica del talento humano para que sea más eficiente y preventiva, y permita así cumplir conjuntamente con la protección reforzada y la provisión de cargos por meritocracia sin que ello comprometa de más los recursos públicos.

Que la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, muestran a pesar de ser decisiones aisladas una doctrina más afianzada, la cual ha sido reforzada tanto con la expedición de la Ley 1955 de 2019, Ley 2040 de 2020 y el Decreto 1415 de 2021. Sin embargo, aún subsisten diferencias entre la definición exacta de prepensionado, su alcance en el tiempo para la protección y la prelación en relación a las listas de elegibles. Esta falta de unificación genera litigios, cargas administrativas y gastos adicionales para el Estado. Por ello, a partir del AED, se evidencia que las decisiones no unificadas de las altas cortes jurisprudenciales generan inseguridad jurídica además de incrementar los costos de transacción, entorpece la planeación y reduce la predecibilidad de los fallos, afectando tanto a las entidades públicas como a los servidores y aspirantes que dependen de reglas claras para proteger sus derechos.

Que, si bien los concursos de méritos representan un alto costo económico y logístico en su inicio para las entidades, son más grandes los beneficios a largo plazo; debido que se está reduciendo la discrecionalidad en las vinculaciones, el personal es altamente calificado y se fortalece la institucionalidad. Desde la visión del AED, la alta inversión que recae en estos procesos de méritos se encuentra justificada al aumentar la productividad del Estado, al tener como se menciona, personal idóneo, por lo que se genera un mejor costo-beneficio. Por ello, la disputa que existe con la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados en provisionalidad, no puede ser usada como argumento para debilitar el sistema de meritocracia, sino que al contrario sea el medio para crear un procedimiento para proteger el grupo vulnerable sin que implique el sacrificio de la transparencia y la calidad del servicio público.

Que, ante la ausencia de unificación jurisprudencial de las altas cortes, se han creado escenarios en donde las entidades deben asumir la carga de improvisar soluciones, como lo es responsabilizarse de pleitos judiciales prolongados y/o asumir pagos simultáneos que podrían

evitarse si se contara con un procedimiento con reglas claras. Desde el AED, es necesario que las Altas Cortes creen jurisprudencia unificada y además se implemente el fortalecimiento de la planeación administrativa, lo que permitiría el equilibrio y disminución de la disputa entre los derechos fundamentales y la eficiencia económica; de esta manera el Estado puede estar en una balanza equilibrada en donde garantice la justicia social y el gasto del patrimonio de manera eficiente. Lo anterior, teniendo en cuenta que el rol que ejercen los jueces al resolver los conflictos que se exponen en la investigación, es de asignadores de recursos institucionales, sus decisiones deben dar soluciones en donde se incluyan la reducción de costos y se asegure un equilibrio entre la equidad y la eficiencia.

Referencias

- Rodríguez López, F. C., y Sánchez Macías, J. I. (2012). Análisis económico del derecho del consumo. *Estudios sobre consumo* (págs. 433-452). España: Tirant lo Blanch.
- Alarcón Peña, A. (2018). Análisis económico del derecho: principales antecedentes metodológicos. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (págs. 139-160). Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia. URL <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/20b6f1aa-7e09-4b4e-8275-a9663afba845/content>
- Ámbito Jurídico. (14 de enero de 2011). Auxilio de transporte no se debe incluir en la liquidación de vacaciones. *Ámbito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/auxilio-de-transporte-no-se-debe-incluir-en-la#:~:text=El%20auxilio%20de%20transporte%20debe,Ministerio%20de%20la%20Protecci%C3%B3n%20Social>
- Ámbito Jurídico. (2014). Fijan el costo del uso de listas de elegibles del sistema de carrera administrativa. *Ámbito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/fijan-el-costodel-uso-de-listas-de-elegibles-del-sistema-de-carrera>
- Ámbito Jurídico. (24 de julio de 2023). Pactos de exclusión salarial no pueden usarse de manera artificial para disminuir salario. *Ámbito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/pactos-de-exclusion-salarial-no-pueden-usarse-de-manera-artificial-para-disminuir>

- Antolinez Niño, P. A., & Galvis Tarazona, O. E. (2019). Derechos de los prepensionados frente a los concursos de méritos: la estabilidad reforzada de prepensionados en cargos de provisionalidad. *Repositorio Institucional Unilibre*.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19054>
- Área de Gestión del Talento Humano. Alcaldía de Bucaramanga. (5 de diciembre de 2024). Respuesta derecho de petición. *Consecutivo No. 2-SSA-202412-00100171*. Bucaramanga, Colombia.
- Asamblea General Constituyente. (13 de junio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá D.E.: Gaceta Constitucional número 114.
- Barrera Varela, P. J. (2022). *Repositorio Institucional Universidad Externado de Colombia*.
Obtenido de El principio del mérito incluyente: una reformulación del sistema de ingreso al empleo público en Colombia:
<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2ad7c072-0333-4f02-aa8c-13a9a49d437e/content>
- Bejarano, J. A. (1999). El Análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, 155-167.
- Cabrera Erazo, A. C., y Urrea Ramirez, D. F. (17 de enero de 2023). Las garantías jurisprudenciales que ha definido la Corte Constitucional y Consejo de Estado frente a la estabilidad laboral reforzada en empleados públicos pre pensionados en cargos de provisionalidad y los estándares fijados por la OIT. *Repositorio Institucional Unilibre*.
https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23928/ARTICULO%20CORR%20EGIDO%20%281%29%20%281%29_compressed.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Caicedo Gutiérrez, M. L. (s.f.). *Revistas UdeA*. Obtenido de La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/download/20584/20792140?inline=1#:~:text=La%20provisionalidad%20es%20una%20forma,el%20funcionario%20que%20lo%20desempe%C3%B1e.>

Camacho Salazar, S. D. (21 de febrero de 2024). Derecho de petición dirigido a la Corte Constitucional. Documento no publicado.

Coase , R. (2011). El problema del costo social. En F. Aguilera Klink, & V. Alcántara, *De la economía ambiental a la economía ecológica* (págs. 41-77). Barcelona: ICARIA: FUHEM. Obtenido de https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Actualidad/2011/Coase.pdf?srsId=AfmBOor_shaqRVUUVDEHw111ddHleqrBbR5GjRdO_HalbZUAqANasEb

Código Sustantivo del Trabajo. (7 de junio de 1951). Bogotá: Diario Oficial No 27.622.

Comisión Nacional del Servicio Civil . (18 de enero de 2024). Circular Externa 2024RS004625. *Actualización del aporte estimado por vacante en los procesos de selección que adelanta la CNSC*. Bogora D.C.

Comisión Nacional del Servicio Civil. (s.f.). *¿Cómo se hace uso de las Listas de Elegibles?* Consultado el 16 de enero de 2025. Obtenido de Comisión Nacional del Servicio Civil: <https://www.cns.gov.co/como-se-hace-uso-de-las-listas-de-elegibles-0>

Comisión Nacional del Servicio Civil. (12 de marzo de 2020). Acuerdo No. 0165 . *Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales de*

Origen Legal en lo que les aplique. Bogotá D.C. cnsc.

<https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-08/acuerdons0165de2020-1.pdf>

Comisión Nacional del Servicio Civil. (21 de agosto de 2021). *CNSC 15 años. Así nació la Comisión Nacional del Servicio Civil*. Consultado el 23 de marzo de 2025. Obtenido de https://www.cnsc.gov.co/prensa/publicaciones/cnsc-15-anos#CNSC_1

Comisión Nacional del Servicio Civil. (s.f.). *Observatorio de Carrera Administrativa de la CNSC*. Obtenido de Carrera Administrativa: <https://www.cnsc.gov.co/observatorio/carrera-administrativa>

Comisión Nacional Del Servicio Civil. Dirección De Administración De Carrera Administrativa. (26 de febrero de 2025). Respuesta Radicado No. 2025RE010017. *Oficio No. 2025RE010017*. Bogotá D.C., Colombia.

Concepto. (3 de marzo de 2025). *Capacitación*. Obtenido de Una enciclopedia online más viva, más simple y más confiable: <https://concepto.de/capacitacion-2/#ixzz912aCaiJz>

Congreso de la República de Colombia. (20 de noviembre de 1934). Ley 10. *Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados*. Bogotá: Diario Oficial No. 27.

Congreso de la República de Colombia. (19 de febrero de 1945). Ley 6. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo*. Bogotá: Diario Oficial No 25790.

Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 1946). Ley 65. *Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*. Bogotá: Diario Oficial No 26.317.

Congreso de la República de Colombia. (30 de abril de 1959). Ley 15. *Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, se decreta el auxilio patronal de transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.E.

Congreso de la República de Colombia. (18 de diciembre de 1975). Ley 52. *Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares.* Bogotá D.E.: Diario Oficial No 34.475.

Congreso de la República de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Ley 50. *Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.E.: diario oficial. N. 39618.

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C.: Diario Oficial. N.41148.

Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002). Ley 734. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 44708.

Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2002). Ley 790. *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.* Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 45.046.

Congreso de la República de Colombia. (23 de septiembre de 2004). Ley 909. *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.* Bogota: Diario Oficial 45.680.

Congreso de la República de Colombia. (18 de julio de 2006). Ley 1033. *por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vincul.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 46334.

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2008). Ley 1221. *Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.052.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956.

Congreso de la República de Colombia. (11 de julio de 2012). Ley 1562. *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 48488.

Congreso de la República de Colombia. (21 de octubre de 2016). Ley 1811. *por la cual se otorgan incentivos para promover el uso de la bicicleta en el territorio nacional y se modifica el Código Nacional de Tránsito.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 50033.

Congreso de la República de Colombia. (4 de enero de 2017). Ley 1823. *Por medio de la cual se adopta la estrategia Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral en entidades públicas territoriales y empresas privadas y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 50106.

Congreso de la República de Colombia. (25 de mayo de 2019). Ley 1955. *Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, pacto por la equidad*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 50.964.

Congreso de la República de Colombia. (27 de julio de 2020). Ley 2040. *Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 51.388.

Consejo de Estado. Relatoría. (23 de febrero de 2024). Respuesta a Derecho de petición radicado 21 de febrero de 2024. Bogotá D.C.

Constitución de la República de Tunja, Asamblea de la Provincia de Tunja (9 de diciembre de 1811).

Corte Constitucional. (5 de marzo de 2024). Respuesta al derecho de petición. *Oficio N.º 2024-001272*. Documento no publicado.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (26 de mayo de 2015). Decreto 1083. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*. Bogotá D.C.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (27 de enero de 2022). *Concepto 036061 DAFP*. Obtenido de Prestaciones Sociale. Dotación.:
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=179806>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2 de febrero de 2022). *Concepto 056631*. Obtenido de
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186670>

Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia. (01 de marzo de 2021). *Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia*. Obtenido de Concepto

071221 de 2021:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=162468#:~:text=C onforme%20a%20lo%20anterior%2C%20la,cual%20un%20servidor%20fue%20designa do.>

Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia. (01 de enero de 2022).

Concepto 008381. Obtenido de Función Pública:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=185647>

Dirección de Tránsito de Bucaramanga. (7 de marzo de 2025). Oficio No. 027 . *Respuesta derecho de petición 24 de febrero de 2025.* Bucaramanga.

Dirección de Tránsito de Bucaramanga. (20 de febrero de 2025). Respuesta de Derecho de petición. *oficio No. 017.* Bucaramanga: Documento no publicado.

Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga. (8 de octubre de 2024). Contrato No. 348. Bucaramanga.

Doménech Pascual, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*, 99-133. Obtenido de <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-195-septiembrediciembre-2014/por-que-y-como-hacer-analisis-economico-del-derecho-2>

Gaviria Gil, J. A., & Plata López, L. C. (2012). El conflicto en la asignación de derechos desde la perspectiva del análisis económico del derecho: El teorema de coase y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista de Derecho*, 330-370.

Gutiérrez Ossa, J. A. (2012). Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial. *Opinión Jurídica*, 117-134.

- Martínez Cárdenas, E. E. (2018). Jurisprudencia constitucional sobre función pública y carrera administrativa en Colombia. (i. 1692-2530, Ed.) *Opinión Jurídica*, 7(13), 75-96. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/769/711>
- Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación. (s.f.). *Minciencias*. Obtenido de Glosario: <https://minciencias.gov.co/glosario/concurso-meritos#:~:text=es%20el%20procedimiento%20id%C3%B3neo%20por,su%20ubicaci%C3%B3n%20en%20la%20misma>.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (31 de enero de 2018). *¿Qué son las cesantías y qué hacer si no las reconocen o pagan?* Obtenido de <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/LegalApp/Paginas/Que-son-las-cesant%C3%ADas-y-que-hacer-si-no-las-reconocen-o-pagan.aspx#:~:text=Las%20cesant%C3%ADas%20son%20una%20prestaci%C3%B3n,d,e%20lo%20debido%20y%20la>
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (s.f.). *Glosario*. Obtenido de Minjusticia: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/LegalApp/Paginas/glosario-legalapp.aspx>
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (s.f.). *Minjusticia*. Obtenido de Glosario: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/LegalApp/Paginas/glosario-legalapp.aspx>
- Ministerio del Trabajo. (26 de mayo de 2015). Decreto 1072. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 49523.
- Ministerio del Trabajo. (13 de febrero de 2019). Resolución 0312. *Por la cual se definen los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 50872.

Piedrahita Vargas, C. (2012). La negociabilidad de los derechos laborales: un análisis económico.

Ecos de Economía, 7-27.

Posner, R. (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica de España, S.L.

Presidencia de la República de Colombia. (5 de marzo de 2024). Decreto 0301. *Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.

Presidente de la República. (5 de agosto de 1998). Decreto Ley 1567. *Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado*. Bogotá D.C. : Diario Oficial 43358.

Presidente de la República de Colombia. (7 de junio de 1978). Decreto Ley 1042. *Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 35035.

Presidente de la República de Colombia. (7 de Junio de 1978). Decreto Ley 1045. *Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 35035.

Presidente de la República de Colombia. (31 de agosto de 1989). Decreto 1978. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 70 de 1988*. Bogotá D.E.: Diario Oficial No. 38961.

Presidente de la República de Colombia. (19 de noviembre de 1991). Decreto 2591. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.*

Bogotá D.C.: Diario Oficial 40165.

Presidente de la República de Colombia. (30 de enero de 2003). Decreto 190. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002.* Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 45.081.

Presidente de la República de Colombia. (19 de julio de 2017). Decreto 1250. *Por el cual se establecen los criterios para el reconocimiento y pago del auxilio de transporte en el orden territorial.* Bogotá D.C.: Diario Oficial No.50.299.

Real Academia Española. (2025). *Diccionario Panhispánico Real Academia Española*. Obtenido de Definición fuero laboral: <https://dpej.rae.es/lema/fuero-laboral#:~:text=El%20fuero%20no%20solo%20protege,los%20derechos%20fundamentales%20en%20el>

Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/divergencia?m=form>

Restrepo Ortega, A., & Montañó Cuero, M. A. (23 de julio de 2022). *Repositorio Institucional UniLibre*. Obtenido de ¿Se vulnera el principio constitucional al mínimo vital y móvil en la desvinculación del pre pensionado en provisionalidad a raíz del concurso de méritos?: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/24137>

Rivera Rojas, L. V. (21 de febrero de 2024). Derecho de Petición dirigido al Consejo de Estado. Documento no publicado. .

Salazar Cáceres, C. G. (2002). *Historia de los derechos humanos en las constituciones colombianas*. Tunja: Buhos editores.

Sentencia C-019, Corte Constitucional (M.P. Jaime Araújo Rentenría 20 de enero de 2004).

Sentencia C-285, Corte Constitucional (M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio 13 de mayo de 2015).

Sentencia C-372, M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo (Corte Constitucional 26 de mayo de 1999).

Sentencia C-521, Corte Constitucional (M.p: Antonio Barrera Carbonell noviembre de 16 de 1995).

Sentencia C-710, Corte Constitucional (M.P. Jorge Arango Mejía 9 de diciembre de 1996).

Sentencia C-795, Corte Constitucional (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva 4 de noviembre de 2009).

Sentencia C-824 , M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Corte Constitucional 13 de Noviembre de 2013). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-824-13.htm>

Sentencia C-892, Corte Constitucional (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 2 de diciembre de 2009).

Sentencia No. 05001-23-33-000-2016-01944-01, Consejo de Estado (C.P. Gabriel Valbuena Hernández 11 de noviembre de 2016).

Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00108-01 , Consejo de Estado (C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez 6 de julio de 2023).

Sentencia No. 08001-23-33-000-2017-00137-01, Consejo de Estado (C.P. César Palomino Cortés 3 de noviembre de 2022).

Sentencia No. 08001-23-33-000-2018-00275-01 (4253-2019), Consejo de Estado (C.P. Gabriel Valbuena Hernández 1 de septiembre de 2022).

Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01, Consejo de Estado (C.P. María Noemí Hernández Pinzón 29 de julio de 2010).

Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01, Consejo de Estado (C.P. William Hernández Gómez 5 de abril de 2017).

Sentencia SL 442, Corte Suprema de Justicia (M.P. Jorge Prada Sánchez 23 de febrero de 2022).

Sentencia SU 133, M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo (Corte Constitucional 2 de abril de 1998).

Sentencia SU-003, Corte Constitucional (M.P. Carlos Bernal Pulido 8 de febrero de 2018).

Sentencia SU-691, Corte Constitucional (M.P. Alejandro Linares Cantillo 23 de noviembre de 2017).

Sentencia SU-917, Corte Constitucional (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio 16 de noviembre de 2010).

Sentencia T-007, Corte Constitucional (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 17 de enero de 2008).

Sentencia T-052, Corte Constitucional (M.P. Juan Carlos Cortés González 8 de marzo de 2023).

Sentencia T-055, Corte Constitucional (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez 17 de febrero de 2020).

Sentencia T-084, Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 5 de marzo de 2018).

Sentencia T-253, Corte Constitucional (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo 11 de julio de 2023).

Sentencia T-326, Corte Constitucional (M.P. María Victoria Calle Correa 3 de junio de 2014).

Sentencia T-433, Corte Constitucional (M.P. Diana Fajardo Rivera 5 de diciembre de 2022).

Sentencia T-498, Corte Constitucional (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 29 de junio de 2011).

Sentencia T-594, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 14 de septiembre de 2015).

Sentencia T-595, Corte Constitucional (M.P. Alejandro Linares Cantillo 31 de octubre de 2016).

Sentencia T-638, Corte Constitucional (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio 16 de noviembre de 2016).

Sentencia T-768, Corte Constitucional (M.P. Jaime Araújo Rentenría 25 de julio de 2005).

Team System. (s.f.). *Teorema de Coase*. Obtenido de Team System:

<https://www.sdelsol.com/glosario/teorema-de-coase/?srsltid=AfmBOoqvk8MXUrfix-cAii7Vw3rYJAerWyul18npGZ0TqOHgHVSkLGPH>

Universidad Francisco Marroquin. (s.f.). *Teorema de Coase*. Obtenido de

<https://cadep.ufm.edu/concepto/teorema-de-coase/#:~:text=De%20acuerdo%20con%20Coase%2C%20cuando,%C3%B3ptima%20asignaci%C3%B3n%20de%20los%20recursos>

Vallet de Goytisolo, J. (2002). Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones. *Anuario de Derecho Civil*, 5-66.

Vergara Hernández, S. L. (11 de diciembre de 2015). *Repositorio Institucional Universidad*

Militar Nueva Granada. Obtenido de Estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos provisionales:

<https://repository.umng.edu.co/server/api/core/bitstreams/a6849f11-59e0-457c-9d3f-e69a45eb9731/content>