



Concepto 05461 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000005461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000005461

Fecha: 07/01/2022 10:53:32 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados Provisionales. Prepensionados. Radicado: 20212060764922 del 27 de diciembre de 2021.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual expone la situación de un empleado que ostenta la calidad de prepensionado y actualmente se encuentran en firme lista de elegibles para proveer mediante el mérito empleos de carrera administrativa vacantes, entre los cuales se encuentra el empleo que ocupa en provisionalidad, solicitando requerir a la respectiva entidad para abstenerse de realizar el nombramiento en periodo de prueba a quien resultó como seleccionado para ocupar su empleo y acompañamiento en asesoría jurídica en el mismo, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es pertinente indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

En ese sentido, el requerir a la respectiva entidad para no realizar un nombramiento es propio de la entidad a la que el empleado presta sus servicios, pues este Departamento Administrativo no es la entidad empleadora ni nominadora, por consiguiente, no es procedente efectuar un pronunciamiento frente al tema.

Sin embargo, a modo de información general, la Ley 797 de 2003¹, dispuso lo siguiente:

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

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

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015." (Subrayado fuera de texto original)

La Ley 1955 de 2019², entretanto, dispone:

"ARTÍCULO 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." (Subrayado fuera de texto original)

Por su parte, la Ley 2040 de 2020³, dispone:

"ARTÍCULO 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."

A su vez, el Decreto 1415 de 2021⁴, dispuso:

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

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

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

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

ARTÍCULO 4. Adicionar el Artículo 2.2.12.1.2.6 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.6. Deberes de los servidores públicos que se encuentren en condición de protección especial. Los servidores públicos que les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, así como aquellos que cuenten con algún tipo de condición de protección especial, deberán cumplir con sus responsabilidades y funciones establecidas en la normatividad vigente." (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la normativa transcrita, se concluye en primer lugar que los servidores públicos que ostentan calidad de "prepensionados" son aquellos a quienes les falten 3 años o menos para cumplir requisitos para adquirir la pensión de vejez dispuestos en el Artículo 33 de la Ley 797 de 2003 citada anteriormente.

Es así que, como política dispuesta en el Plan Nacional de Desarrollo 2018 -2022, los empleos vacantes de carrera administrativa que se encuentren desempeñando por personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 1955 de 2019, esto es el 25 de mayo de 2019, le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su derecho pensional respectivo.

Es importante aclarar que el presupuesto de derecho que dispone el parágrafo 2° de la norma anteriormente citada, es de carácter irretroactivo, quiere decir que no tiene efectos sobre hechos o situaciones ocurridos previos a la entrada en vigencia de esta ley.

El legislador entonces previó en caso de provisión definitiva de cargos para las personas que les falte tres años o menos para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez, cuyos nombramientos en las entidades públicas es de carácter provisional o temporal; una especial protección por parte del Estado y en virtud de esta deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el

acceso al beneficio pensional.

En relación al procedimiento para acreditar ante la entidad que presta los servicios un empleado provisional la calidad de prepensionado, el Artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto 1083 de 2015⁵, a saber:

"1. Acreditación de la causal de protección:

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

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

A partir de lo anterior, se puede concluir que los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de especial protección deberán acreditar esta causal; para esto el jefe de personal o quien haga sus veces deberá verificar que les falte el equivalente a tres (3) años o menos, bien en semanas de cotización, edad o ambas para causar el derecho a su pensión de jubilación, expidiendo constancia escrita en este sentido. Al jefe de la entidad le corresponderá verificar los datos suministrados por el destinatario a la protección.

Teniendo claro que, dicha protección especial se encuentra dispuesta para aquellos empleados nombrados en provisionalidad que en la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 (25 de mayo de 2019), les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Por último, dentro del marco de las competencias constitucionales y legales no se encuentra la de efectuar acompañamiento jurídico a los particulares, por lo tanto, si lo requiere debe contratar los servicios profesionales de un abogado.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. *"por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales"*
2. *"Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 "PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD".*
3. *"Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones".*
4. *"Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados."*
5. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:13:41