



Concepto 442681 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000442681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000442681

Fecha: 13/12/2021 12:40:08 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Prepensionados. Radicado: 20212060700062 del 10 de noviembre de 2021.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual realiza las siguientes preguntas:

“¿La «reubicación» de las personas en provisionalidad afectadas por el nombramiento de la lista de elegibles, que tienen la condición de protección especial que menciona en el Decreto 1415 del 2021 debe hacerse en un empleo vacante que sea equivalente al que desempeña o puede ser inferior o superior según la disponibilidad de empleos vacantes de la planta?

2. Dicha reubicación como medida de protección podrá efectuarse sin tener en cuenta el derecho preferencial a ser encargados por las personas con derechos de carrera administrativa? ¿Esto es, se pueden hacer estos nombramientos en provisionalidad directamente en empleos de carrera sin agotar el procedimiento del encargo por mejor derecho preferencial de que tratan los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004?

3. ¿Prima la medida de protección señalada en el Decreto 1415 de 2021 respecto de la reubicación en otro empleo de los prepensionados, sobre la Ley 996 de 2005? ¿Esto es, en plena vigencia de la ley de garantías, procede hacer nombramientos provisionales de prepensionados en otros empleos vacantes a fin de reubicarlos como lo ordena el artículo 3º del Decreto 1415 de 2021?

4. ¿En caso de prevalecer el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Garantías Electorales, sobre las medidas de protección señaladas en el Decreto 1415 de 2021, por lo que no se podría «reubicar en otro empleo» a las personas en condición de prepensionados que se encuentran en provisionalidad en los empleos a ser provistos con personas de las listas de elegibles; sería viable aplazar los nombramientos de las personas que se encuentran en la lista de elegibles, hasta cuando cese la aplicación de la restricción de la Ley de Garantías electorales, a efectos de no vulnerar los derechos de los prepensionados?.

5. Procede el retiro del servicio de los servidores públicos que tengan reconocido el derecho a la pensión de jubilación o vejez, durante la vigencia de la ley de garantías electorales?”

Se da respuesta en los siguientes términos:

En relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, se hace necesario revisar lo concerniente a la terminación del nombramiento provisional, señalando que el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 TERMINACIÓN DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia [SU-917](#) de 2010, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, expresa:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

[...]

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

[...]

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo [2.2.5.3.4](#) del Decreto [1083](#) de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia [SU-917](#) de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Protección especial a prepensionados.

En relación con la definición del empleado público prepensionado, el artículo [8](#) de la Ley [2040](#) de 2020 establece que:

“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.”

De acuerdo con el Legislador, en los casos de rediseño institucional en los que se deban suprimir cargos, o en los casos de la provisión definitiva de los empleos a través del concurso de mérito, los empleados provisionales o los temporales que sea prepensionados, deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

El ya mencionado Decreto [1083](#) de 2015, sobre la protección especial para evitar el retiro del servicio de algunos empleados, señaló:

“ARTÍCULO [2.2.12.1.2.1](#) Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo [2.2.11.3.1.1](#), (sic)debe entenderse que la referencia correcta es el artículo [2.2.12.1.1.1](#) del presente decreto.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En desarrollo de la Ley [2040](#) de 2020, el Gobierno nacional expidió el Decreto [1415](#) del 04 de noviembre de 2021, mediante el cual se modificó el artículo [2.2.12.1.2.2](#) del Decreto [1083](#) de 2015, en lo relacionado con la protección laboral a favor de, entre otros, quienes se encuentran próximos a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y en ese sentido dispuso:

“ARTÍCULO [2.2.12.1.2.2](#). TRÁMITE. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que

modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán las siguientes reglas:

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.

2. Aplicación de la protección especial:

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de talento humano o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal permanente o temporal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación. La garantía para los servidores próximos a pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

PARÁGRAFO. En el caso de los organismos y entidades que cuenten con plantas temporales, aplicarán las reglas establecidas en el presente artículo, hasta el término de duración señalado en el acto administrativo por la cual se creó o prorrogó la planta temporal. La protección especial de que trata este artículo aplicará solamente mientras la vigencia de la planta temporal.

(...)"

Así las cosas, se colige que de acuerdo con la protección especial establecida en el Decreto 1083 de 2015, no pueden ser retirados del servicio quienes ostenten la calidad de empleados prepensionados; sin embargo, para hacer efectiva la protección, según la modificación que hizo el Decreto 1415 de 2021, el empleado que considere que acredita los requisitos para acceder a la protección, por tener la calidad de prepensionado, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar solicitud para el efecto; así, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces deben verificar los servidores que tengan la calidad de prepensionados y expedir constancia escrita al respecto, y les corresponderá verificar la validez de la documentación aportada por el solicitante.

Ahora bien, sobre la reubicación de los empleados que accedan a la protección especial en comento, el mismo Decreto indicó:

"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 párrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2."

De otra parte, y respecto del encargo se indica que cuando dentro de una entidad se deba proveer un empleo de carrera administrativa en vacancia se proveerá a través de encargo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, modificada por la Ley 1960 de 2019, que dispone:

"ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos, si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las

entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.”

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que mientras se lleve a cabo un proceso de selección, los empleados de carrera administrativa, tendrán derecho a ser encargados en los empleos que se encuentren en vacancia temporal, siempre y cuando acrediten los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

De manera que será la entidad quien realice la valoración de los empleados que pueden ser encargados, a la luz de la norma aplicable al tema objeto de consulta, teniendo como resultado, el funcionario que tenga mejor derecho para el encargo, valorando lo dispuesto por la norma, para la protección a prepensionados.

En cuanto a la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, se indica:

“ARTÍCULO 32. VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Subrayado nuestro)

“ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.” (Subrayado nuestro)

De conformidad con la norma, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1153 de 2005, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual dijo:

“De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

“(…)”

“Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos”. (Destacado nuestro)

A su vez, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación No. 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, con ponencia del magistrado Enrique José Arboleda Perdomo, estableció:

“Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes.” (Subrayado nuestro)

Esa misma Corporación en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, con ponencia del magistrado Gustavo Aponte Santos, indicó:

“En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son

temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: "los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital", con el fin de evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma." (Subrayado nuestro)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel territorial de la Rama Ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

En ese sentido, está prohibida la provisión de cargos salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Teniendo como fundamento lo anterior esta Dirección Jurídica da respuesta a sus interrogantes así:

¿La «reubicación» de las personas en provisionalidad afectadas por el nombramiento de la lista de elegibles, que tienen la condición de protección especial que menciona en el Decreto 1415 del 2021 debe hacerse en un empleo vacante que sea equivalente al que desempeña o puede ser inferior o superior según la disponibilidad de empleos vacantes de la planta?

Al respecto se indica que quienes ocupen empleos públicos mediante nombramiento provisional, deberán presentar a la entidad la documentación que acredite su condición de pre pensionadas y una vez se surta el trámite correspondiente y se expida la constancia escrita, la administración deberá por disposición legal, reubicarlas en los términos del artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional, en todo caso sin desmejorar las condiciones del empleado.

¿Dicha reubicación como medida de protección podrá efectuarse sin tener en cuenta el derecho preferencial a ser encargados por las personas con derechos de carrera administrativa? ¿Esto es, se pueden hacer estos nombramientos en provisionalidad directamente en empleos de carrera sin agotar el procedimiento del encargo por mejor derecho preferencial de que tratan los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004?

En consecuencia, se indica entonces que la entidad deberá valorar la situación concreta de sus funcionarios, determinar si hay lugar a encargo, en todo caso por mandato legal 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 gozar del beneficio pensional.

Prima la medida de protección señalada en el Decreto 1415 de 2021 respecto de la reubicación en otro empleo de los prepensionados, sobre la Ley 996 de 2005, ¿Esto es, en plena vigencia de la ley de garantías, procede hacer nombramientos provisionales de prepensionados en otros empleos vacantes a fin de reubicarlos como lo ordena el artículo 3º del Decreto 1415 de 2021?

En caso de prevalecer el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Garantías Electorales, sobre las medidas de protección señaladas en el Decreto 1415 de 2021, por lo que no se podría «reubicar en otro empleo» a las personas en condición de prepensionados que se encuentran en

provisionalidad en los empleos a ser provistos con personas de las listas de elegibles; sería viable aplazar los nombramientos de las personas que se encuentran en la lista de elegibles, hasta cuando cese la aplicación de la restricción de la Ley de Garantías electorales, a efectos de no vulnerar los derechos de los prepensionados?.

Teniendo en cuenta que la Ley 996 de 2005, establece que está prohibida la provisión de cargos salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, sin embargo y teniendo como precepto que respecto del caso objeto de consulta, lo que debe realizar la administración es la reubicación a los servidores públicos prepensionados, la misma será procedente, en los cargos ya creados.

Ahora bien, para resolver su cuarto interrogante es necesario precisar que respecto de los empleos públicos de carrera administrativa, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTICULO 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 funcionarios, 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”.
(Subrayado fuera de texto original)

Por lo tanto, los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el artículo 53 de la Constitución Política.

En consecuencia, no será procedente suspender la posesión de las personas que ocuparon los primeros puestos en las listas de elegibles del correspondiente concurso.

5. Procede el retiro del servicio de los servidores públicos que tengan reconocido el derecho a la pensión de jubilación o vejez, durante la vigencia de la ley de garantías electorales

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, sobre las causales de retiro del servicio, el artículo 41 dispone:

ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

(...)”

Por su parte, el párrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece:

“Se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

(...).”

Adicionalmente, el Decreto [1083](#) de 2015, de manera explícita contempla la obligación de retirar

a un empleado que haya obtenido la pensión de jubilación, sobre el particular, establece:

“ARTÍCULO [2.2.11.1.4](#) RETIRO POR PENSIÓN. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley [100](#) de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el PARÁGRAFO 3 del artículo [9](#) de la Ley [797](#) de 2003, que modificó el artículo [33](#) de la Ley [100](#) de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.

(...).”

De conformidad con los textos legales citados, una de las causales de retiro de un empleado público, es el haber obtenido el reconocimiento a la pensión de vejez, caso en el cual, el empleador dará por terminada la relación legal o reglamentaria, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

En consecuencia, y para dar respuesta concreta a su consulta como quiera que la obtención de pensión de vejez es una de las causales, para el retiro, el funcionario que ya obtuvo la pensión de vejez, el retiro será procedente, incluso en vigencia de la Ley de garantías.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link [/web/eva/gestor-normativo](#), «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

2. 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.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:29:16