

**Función Pública**

Concepto 445831 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000445831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000445831

Fecha: 14/12/2021 05:32:56 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso. Viabilidad de que una entidad desvincule a empleados provisionales prepensionados, para proveer de forma definitiva los empleos con las personas que ocuparon el primer puesto de las listas de elegibles de un concurso méritos. RAD. 20212060735112 del 09 de diciembre de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa que se “dio apertura a un concurso abierto de méritos para la provisión de los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa (...). En cumplimiento de las anteriores disposiciones, la entidad se encuentra adelantando de manera simultánea, el proceso de nombramiento de las personas que ocuparon el primer puesto de las listas de elegibles de la Convocatoria Territorial 2019, y la declaratoria de insubsistencia de las personas que están ocupando los cargos en provisionalidad.

En atención a lo anterior, y teniendo en cuenta que la señora (...) reúne los requisitos para ser considerada una persona pre pensionada, y que por tal razón, sería beneficiaria de los efectos que dicho status le confiere, como lo es, ser reubicada en un empleo de características similares al que actualmente ocupa, lo cierto es para la entidad, no es posible efectuar su reubicación, dado que dentro de la planta de personal, no existe un cargo disponible y que se ajuste al perfil de la funcionaria.

En esa medida, me permito solicitar orientación jurídica por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el sentido de conceptuar de que, manera podría proceder la entidad en el caso sometido a consideración, y realizar acompañamiento durante todo el proceso de declaratoria de insubsistencia y/o reubicación laboral, según corresponda.

Por último, se informa que de las seis (6) personas que conforman la lista de elegibles, sólo es posible realizar el nombramiento de la tercera, dado que, sobre las dos primeras y la sexta, se solicitó su exclusión, y la firmeza de la cuarta y quinta está pendiente de firmeza, puesto que sus derechos se encuentran en discusión.”

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente.

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 administrada 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](#) ibídem, 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.

Ahora bien, 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 restructuración 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 parágrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2.»

Por lo anotado anteriormente, frente a su consulta, esta Dirección Jurídica concluye que ante la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, los empleados con nombramiento provisional, deberán presentar a la entidad la documentación que acredite su condición de prepensionados 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.

Con 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 [/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: Luz Rojas

Revisó: Harold Israel Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

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: 2025-03-03 01:30:21