



Concepto 203551 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000203551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000203551

Fecha: 02/06/2022 04:57:45 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL-Prepensionado. Radicación No. 20229000193142 de fecha 09 de Mayo de 2022.

En atención a sus interrogantes contenidos en el oficio de la referencia, relacionados con los plazos y términos para alegar la calidad de prepensionado, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley 790 de 2002 señaló respecto de los empleados pre pensionados lo siguiente:

"ARTÍCULO 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley". Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

(Negrilla por fuera del texto original).

Como podemos observar, la protección para los servidores pre pensionados; esto es, aquellas personas que cumplieran con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o vejez en el término de tres años contados a partir de la promulgación de esa Ley, no podrían ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Dicha protección ha sido extendida a otros escenarios del empleo público, como por ejemplo a los procesos de provisión definitivas de cargos públicos a través de concursos de méritos, señalándose en el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 lo siguiente:

"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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

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 sean prepensionados, deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

Debe anotarse que 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:

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.

(...)

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 restructuración 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."

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 pre- pensionados. 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 pre pensionado, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar solicitud para el efecto. De esta forma, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces deben verificar los servidores que tengan la calidad de pre- pensionados y expedir constancia escrita al respecto, y les corresponderá verificar la validez de la documentación aportada por el solicitante.

Ahora bien, en relación con la provisión definitiva de cargos a través de concursos de mérito, el Decreto 1415 de 2021, estableció:

"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."

En ese sentido, la Ley 1955 de 2019 señala:

"ARTÍCULO 263. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1033 de 2006.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

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.” (Negrilla y subrayado nuestro)

De la normativa citada se infiere que, para el caso de los concursos de mérito, las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1033 de 2006, y están en la obligación de tomar medidas que en el caso de los pre pensionados les garanticen el derecho a permanecer en el cargo, tales como excluir de los concursos de méritos sus empleos por el tiempo que les falte para obtener el derecho a la pensión.

Dado el anterior contexto, se colige que el presupuesto de derecho consagrado en el Parágrafo 2° del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, es irretroactivo, lo que significa que no tiene efectos sobre hechos o situaciones ocurridos antes de la entrada en vigencia de la citada ley. Es decir, no será aplicable la prerrogativa allí contemplada a los procesos de selección aprobados por Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil hasta antes del 25 de mayo de 2019, es decir; suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

Por consiguiente, la protección provista en el parágrafo 2° del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 es aplicable a los servidores provisionales que al 30 de noviembre de 2018 estaban desempeñando empleos vacantes del sistema general de carrera que no hubieren sido parte de procesos de selección aprobados por la Sala Plena de la CNSC antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, es decir que hayan sido aprobados antes del 25 de mayo de 2019, y servidores provisionales que, al 25 de mayo de 2019 les falte el equivalente a tres (3) años o menos, en semanas de cotización y en edad para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Finalmente, 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 pre-pensionados.

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 anterior, se concluye que ante la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, empleados con nombramiento provisional o temporal, deberán presentar a la entidad la documentación que acredite su condición de pre-pensionados y una vez se surta el trámite correspondiente y se expida la constancia escrita, la administración deberá por disposición legal, reubicarlos en los términos del artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional.

Sin embargo, esta Dirección Jurídica de acuerdo con la norma, considera que para hacer efectiva esta protección es necesario haber acreditado la calidad de pre-pensionado antes de que los cargos salgan a concurso de la CNSC. Con posterioridad a la convocatoria por parte de la CNSC, y en caso de que el servidor adquiera la calidad de pre-pensionado, la entidad debe hacer todo lo posible para reubicar a los servidores públicos que acrediten esta calidad, puede esto ser en un cargo de vacancia temporal, definitiva o planta temporal. De no ser posible ninguno de estos eventos, entonces se debe motivar el acto de retiro del servicio por provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Finalmente, respecto de las condiciones que se deberán acreditar para estar incluido en la protección de pre pensionado tenemos que la Corte Constitucional en la Sentencia T-685 de 2016 señaló:

“De esta forma, la jurisprudencia constitucional entendió inicialmente que la figura del retén social debía ser ampliada, de tal manera que no estuviera enmarcada estrictamente en procesos de reestructuración administrativa, ante lo cual surgió la controversia de si aun cuando dicha interpretación era constitucionalmente adecuada, no se trataba más bien de la incorporación de nuevos criterios de protección de los trabajadores en general, por lo que, por vía de la sentencia C-795 de 2009, se unificó el estándar jurisprudencial en esta materia, aclarando y especificando el sentido del concepto de “persona pre pensionada”, con lo cual se reconoció que la extensión de la protección que se otorga a la expectativa de acceder prontamente a una jubilación está dotada de una naturaleza supralegal, por tener un raigambre eminentemente constitucional (en integración de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores), y definiendo como elementos característicos los siguientes:

(i) En cuando a la definición, estableció que: “tiene la condición de pre pensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

(ii) Frente al momento a partir del cual debería contabilizarse el término de los tres años, se dijo que ello se hará desde “la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública”.

(iii) En cuando a la extinción de la protección, “dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo señalado, me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿A qué fecha el funcionario público debe haber cumplido los requisitos para ser considerado prepensionado?

Dependiendo del proceso en el cual el servidor quiera acreditar su calidad de pre pensionado (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), se deberá acreditar su calidad de pre pensionado; situación que podrá ser definida de acuerdo con el marco normativo presentado.

¿Los tres años que faltaren para cumplir el status de pensionado, y ser considerado prepensionado, debe corresponder a los dos requisitos (edad y semanas cotizadas) o por el contrario, faltando solo un requisito, se podrá considerar prepensionado?

De acuerdo con lo señalado en las normas que regulan la materia y el pronunciamiento de la Corte Constitucional citado, se debe cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas para poder acceder a las garantías dispuestas para los prepensionados.

¿La calidad de prepensionado, igual se aplica al personal docente y directivo docente del sector oficial, que se encuentra en provisionalidad? En caso afirmativo, ¿se debe cumplir las mismas exigencias, y el aspirante de la lista de elegibles, debe esperar que se cumpla el reconocimiento de la pensión?

Las garantías para los prepensionados se aplican a todas las personas 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; debiendo cumplirse con los requisitos ya señalados.

¿En tal caso, quien fija la fecha de retiro del prepensionado?

Las entidades públicas, de acuerdo con las certificaciones que sean expedidas por las entidades encargadas de reconocer a los servidores públicos su pensión de vejez, determinaran las fechas para el retiro de los empleados pre pensionados.

¿Para tal fin, debe existir el reconocimiento por acto administrativo de la pensión y que el mismo se encuentre en firme o por el contrario, solo haber cumplido con la edad y semanas cotizadas, en este último caso, es decir, de las semanas cotizadas, debe ser certificadas por la respectiva entidad administradora de la pensión?

De acuerdo con lo señalado, la protección de que tratan las normas, se extenderá hasta que los servidores adquieran los requisitos para acceder al beneficio pensional; lo cual podrá ser verificado con las certificaciones expedidas por las entidades administradoras de pensiones.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos

emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

"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".

"Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones"

"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".

"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 "pacto por Colombia, pacto por la equidad

</eva/gestornormativo/norma.php?i=72362>

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:15:47