



Concepto 186611 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000186611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000186611

Fecha: 20/05/2022 01:54:49 p.m.

REF: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Pre pensionado. RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales. ¿Es procedente retirar del servicio a un empleado con nombramiento provisional, que acreditó la calidad de pre pensionado luego de que se surtiera la convocatoria para proveer definitivamente el empleo? Radicado. 20222060174602 de fecha 2022/04/25.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por usted, en la que manifiesta que: "(...) Como se puede observar en el aparte subrayado de la norma citada por disposición legal el empleador reubicar a los funcionarios que les falten 3 años o menos para pensionarse cuando por motivos de provisión definitiva de cargos publican deban ser separados de sus empleos.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la entidad territorial no cuenta con cargos vacantes en los cuales se pueda reubicar a dichos empleados?

(...)".

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido 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 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.

La resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares. No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada por usted, se le informa que, Oferta de empleos públicos ocupados por prepensionados.

Inicialmente es imperante referir que, en relación con la definición del empleado público prepensionado, el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 establece:

"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." (Subrayado fuera de texto)

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, por disposición legal serán reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

Sobre el tema de los empleados provisionales en condición de prepensionados, 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." (Subrayado nuestro)

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015 señala:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019." (Subrayado nuestro)

En los términos de la normativa transcrita, 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 Ley 1955 de 2019 que 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; y la administración antes de ofertar los empleos a dicha Comisión, disposición legal identificarán los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados. Surtido este proceso, los empleos se proveerán siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios, y para el efecto, en este caso, las listas de elegibles tendrán una vigencia de tres (3) años y, el jefe del organismo por disposición legal reportarán a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la Ley 1955 de 2019, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

- Estabilidad laboral reforzada. Prepensionados.

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 2021¹, 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.

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. (...)

De lo anterior 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 pre pensionado, por disposición legal adjuntará 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, además 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, se colige que ante la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, los empleados públicos prepensionados, por disposiciones legales presentarán a la entidad la documentación que acredite su condición y una vez se surta el trámite correspondiente y se expida la constancia escrita, la administración por disposición legal, reubicará en los términos del artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional.

Ahora bien, dando respuesta a su interrogante principal, ¿qué sucede cuando la entidad territorial no cuenta con cargos vacantes en los cuales

se pueda reubicar a dichos empleados?

Esta dirección jurídica sostiene que, en sentencia [SU-897](#) de 2012 Corte Constitucional expresa:

“En este sentido, será viable suprimir los cargos que en desarrollo del proceso liquidatorio se vayan denotando como innecesarios para el cumplimiento del objetivo trazado, incluso si éstos están ocupados por personas próximas a pensionarse. Pero, precisamente, en este último caso deberá asegurarse que dicha supresión no sea un obstáculo para el acceso a la pensión de jubilación o de vejez en las condiciones en que el contexto jurídico existente antes de iniciarse el PRAP hubiese previsto, para lo cual deberá asegurarse el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones. Dichos aportes se harán tomando como base el salario del prepensionado al momento en que su suprimido el cargo por él ocupado.

Con base en lo antes señalado, La Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que:

Los prepensionados, o personas beneficiarias de la protección establecida por el sistema jurídico plurimencionado, serán aquellos trabajadores de entidades liquidadas, entre otras, en desarrollo del PRAP, a los cuales les falte menos de tres años al momento en que es suprimido el cargo que ocupan.

La protección que para ellos se deriva de las normas del llamado “retén social” obliga a la entidad a que, una vez suprimido el cargo, continúe con el pago de los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en pensiones, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez.

Esta es la conclusión a que llega la Sala Plena de la Corte y, por consiguiente, son estos los criterios que empleará en la solución de los casos que en esta ocasión son sometidos a su consideración.

De acuerdo con lo anterior, respecto a los procesos de reestructuración cuando se presenta la liquidación de la entidad, la Corte a concluido respecto a la protección al prepensionado, establece que una de las medidas de protección al empleado público, que se le suprimió el empleo, es que la administración continúe con el pago de los aportes correspondiente al sistema general de seguridad social en pensiones hasta el momento que cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez.

En consecuencia, dando contestación a su consulta, por lo que la entidad procurara las medidas alternativas y revisar dentro de la entidad como reubicar al empleado público; la Corte establece una posible solución pero es necesario tener en cuenta que dicha alternativa se planteó para cuando la entidad se encuentra en proceso de reestructuración y el empleo se va suprimir caso diferente al planteado en su consulta, por lo que discrecional de la entidad determinar qué solución le dará al tema de la reubicación.

Por último, recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el parágrafo cuarto del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, cuando un empleo público esté siendo ocupado provisionalmente por un empleado con calidad de pre pensionado, esto es, que le falten tres años para acreditar todos los requisitos para obtener su pensión de vejez, la administración sólo podrá ofertar el empleo cuando el empleado haya adquirido su estatus de pensionado.

Así las cosas, se colige que si para el momento de ofertar el empleo, el empleado no acredita tener la calidad de pre pensionado (faltarle tres años para cumplir los requisitos de pensión), la respectiva entidad podrá sin limitante alguna, ofertar el empleo y surtir todos los trámites tendientes a la provisión definitiva de dicho empleo mediante el respectivo concurso de mérito.

Ahora bien, si adelantado el concurso de méritos, para el momento del nombramiento en periodo de prueba del ganador del concurso, el empleo está ocupado por un empleado pre pensionado, éste último por disposición legal presentara a la entidad la documentación que acredite su condición y una vez se surta el trámite correspondiente y se expida la constancia escrita, la administración por disposición legal, en la medida de lo posible reubicarlos en los términos del artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional; lo anterior, por cuanto el ganador del concurso tiene derecho a ser vinculado en periodo de prueba y el empleado provisional debe ceder la plaza.

En caso de requerir información adicional respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Cristian Camilo Torres de la Rosa. Cto 148/2022

Revisó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 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 08:25:15