



# Concepto 236611 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000236611\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000236611

Fecha: 30/06/2022 09:53:16 a.m.

Bogotá D.C.

REF: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Pre pensionado. RAD.: [2022206022242](#) del 27 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia por medio de la cual consulta: “al tener 60 años 06 meses de edad, es decir faltándome menos de dos años para la pensión, se considera que tengo estabilidad laboral reforzada? ¿estoy amparado por ser pre pensionado o necesariamente debo concursar?” Me permito dar respuesta, teniendo en cuenta que la resolución de casos particulares corresponderá a la entidad 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 en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales sobre el empleo público y administración de personal. Sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

No obstante, a manera de orientación, en torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado 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”.

De acuerdo a lo anterior, tendrá la condición de prepensionado únicamente el servidor público al cual, se hagan falta 3 o menos años para cumplir con los requisitos de edad y tiempo del servicio o semanas de cotización, es decir, se requiere estar próximo a cumplir con los dos requisitos para acceder a la pensión.

Ahora bien, sobre la condición de pre pensionados en nombramientos de provisionalidad frente al concurso de méritos señala el Decreto [1083](#) de 2015:

“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 párrafo 2 del artículo 263 de la Ley [1955](#) de 2019.”

En esa misma línea el párrafo 2 del artículo [263](#) de la Ley [1955](#) de 2019 dispone:

*“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”.*

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta dirección jurídica puede concluir que 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 mencionada 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.

En relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, se hace necesario indicar lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, que dispone:

*“(…) 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. (...)”*

De acuerdo con lo anterior, este Departamento Administrativo ha sido consistente al conceptuar que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive, consonante con 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 ejerza su derecho de contradicción, si este es su deseo.

De acuerdo con lo precisado tenemos, entre otras, la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, que 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.

Ahora bien, en relación a la protección especial del empleado público pre-pensionado, el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 lo define como:

*"(...) 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 pre-pensionados, deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

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 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.*

*(...)"*

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, verificando la validez de la documentación aportada por el solicitante.

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.

Por consiguiente, la protección prevista en el párrafo 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, bien en semanas de cotización, edad o ambas 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 párrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2"*

De conformidad con lo anterior, y dando respuesta a su interrogante, en el caso de los prepensionados, se indica que antes de la convocatoria a concurso de la respectiva entidad, los empleados con nombramiento provisional, 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.

Por lo tanto si 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 o definitiva, en todo caso, 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.

En consecuencia, cuando se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, independientemente del tiempo de servicio, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón atinente al servicio que está prestando el servidor.

En ese sentido, en caso de que no sea posible la reubicación de empleados que cumplen con los requisitos para acceder a pensión por no contar con empleos para tal fin, los mismos deberán ser retirados de conformidad con el procedimiento que se indicó previamente, toda vez que prevalecen los derechos de quien superó el concurso público de méritos.

Por otra parte, si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción no tendrá ningún derecho de los consagrados para los empleos de carrera, igualmente si tiene un nombramiento provisional y llega la persona que ganó el concurso debe ceder la plaza por ser un derecho de orden constitucional de quien obtuvo el primer puesto.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: María Laura Zocadagui

Reviso: Harold Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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

---

*Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:29*