



Concepto 015951 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000015951

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000015951

Fecha: 14/01/2022 05:13:13 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Prepensionado con nombramiento provisional ¿El Decreto 1415 de 2021 aplica los empleados públicos? RAD. 20219000725112 del 1 de diciembre de 2021.

Acuso recibo de su consulta, mediante la cual consulta si le aplica la estabilidad laboral de la que trata el Decreto 1415 de 2021, teniendo en cuenta que tiene más de 59 años de edad y se presentó al concurso de méritos del sector defensa, entidad Dirección General de Sanidad Militar, en la cual presta sus servicios desde hace 20 años, quedando en la lista de elegibles en el puesto 5, con vacantes para 3 empleos.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar 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, razón por la cual la resolución de los casos particulares le 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.

De otra parte, es necesario aclarar que el Decreto 1415 de 2021¹, por el que usted consulta modifica el Decreto 1083 de 2015², que en su Artículo 2.1.1.2 sobre el ámbito de aplicación señala que "*Las disposiciones contenidas en el presente decreto son aplicables a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público (...)*"

En ese sentido, lo primero que debe concluirse es que el Decreto 1415 de 2021 aplica a los servidores vinculados a entidades públicas de la Rama Ejecutiva, y en consecuencia aplicaría a los servidores vinculados a la Dirección General de Sanidad Militar³, como es su caso.

Aclarado lo anterior, se hace necesario revisar lo que establece la normativa vigente en relación con el tema de su consulta, y para dichos efectos se asumirá que el funcionario público referido en su comunicación se encuentra vinculado de manera provisional o temporal, ya que no es claro el tipo de vinculación del servidor.

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 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".

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.

Ahora bien, en relación a la protección especial del empleado público pre-pensionado, el Artículo [8](#) de la Ley 2040 de 2020⁴ lo define como:

"Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirán 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 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:

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 faltan 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 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.

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 2019⁵ 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)

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, lo cual aplica en el caso de la carrera del sistema específico del Sector Defensa.

Dado el anterior contexto, se colige que el presupuesto de derecho consagrado en el Parágrafo 2º 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 2º 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 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 funcionario 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.

Para mayor información 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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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

Proyecto: Ma. Camila Bonilla G.

Revisor: Maia Borja

Aprobó: Armando Lopez C

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"

2. Reglamentario Único del Sector Función Pública.

3. Entidad del sector defensa de acuerdo con el Manual de Estructura del Estado:
<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/2549482/Sector+Defensa/2733f25b-b8d7-4d4c-83c6-e9f7b3bb3269>

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

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

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:03:44