



* 2 0 2 1 6 0 0 0 4 6 7 2 1 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20216000467211
Fecha: 27/12/2021 04:16:00 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados Provisionales. Prepensionados.
Radicado: **20212060735382** del 09 de diciembre de 2021.

Respetada Señora Angela Poveda,

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con empleados nombrados en provisionalidad que ostentan calidad de prepensionados en una entidad donde se adelantó concurso de méritos para proveer empleos vacantes definitivos, y no fueron seleccionados para ocuparlos en periodo de prueba, a saber:

1. *¿La Entidad debe garantizar la estabilidad laboral de estos funcionarios? y más aún cuando el total de los cargos propios de la entidad son ochenta (80) actualmente los mismos son cargos provisionales reportados a la CNSC.*

2. *¿Cuál es el procedimiento específico que la Superintendencia debe adelantar en estos casos? Cuando la CNSC indica: "Es un deber constitucional de las autoridades propender por la protección del núcleo esencial de los derechos, tanto de sus servidores públicos sujetos de especial protección constitucional nombrados en provisionalidad, como de aquellos aspirantes que en virtud del mérito lograron superar las etapas de la convocatoria pública para proveer definitivamente el empleo ocupado por el servidor provisional prepensionado.*

Por esto, la administración debe actuar con un criterio razonable que permita, según las circunstancias de cada caso concreto, conservar incólumes los distintos derechos."

3. *¿La CNSC brinda algún tipo de acompañamiento administrativo en estas instancias?*

4. *A los funcionarios provisionales en condición de Prepensionados, ¿qué garantías debemos brindarles cómo Entidad?*

5. *¿De acuerdo con lo anterior, es viable crear una planta temporal para las personas prepensionados y para las madres cabeza de familia que no superaron la prueba de conocimientos?*

6. *Sí, es opcional ¿qué entidad nos orienta para la creación de la planta provisional?*

7. *Que documentos debemos solicitar para confirmar si los compañeros prepensionados realmente cumplen los requisitos de reten.*

Me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante indicar para su tema objeto de consulta que la Constitución Política dispone en su artículo 125 lo siguiente, a saber:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)

La Ley 909 de 2004, por su parte, consagra que por regla general los empleos de los organismos y entidades del Estado regulados por dicha ley se clasifican en empleos de carrera, con excepción de los de elección popular, los de periodo fijo, los trabajadores oficiales, y los de libre nombramiento y remoción.

En virtud de lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo, entre otros que determine la ley.

Ahora bien, en relación a los concursos, el artículo 29 de la Ley 909 de 2004¹, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 29. Concursos. *Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.*

(...) ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

(...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

De acuerdo a la normativa precedentemente expuesta, se tiene entonces que los concurso para proveer empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño y superen las etapas. Por lo cual, es importante aclarar que las personas vinculadas con el estado en provisionalidad y deseen acceder a un empleo público como titulares, participen en las respectivas convocatorias y de esta forma se garantice los criterios meritocráticos que constituyen la función pública.

Realizadas las anteriores consideraciones, y abordando puntualmente su consulta, en la materia, la Ley 1955 de 2019², dispone:

“ARTÍCULO 263°. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. (...)

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.” (Subrayado fuera de texto original)

Por su parte, la Ley 2040 de 2020³, dispone:

¹ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

² “Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 “PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD”.

³ “Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones”.

"ARTÍCULO 8°. Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. 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."

A su vez, el Decreto 1415 de 2021⁴, dispuso:

"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."

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."

ARTÍCULO 4. Adicionar el artículo [2.2.12.1.2.6](#) al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.6. Deberes de los servidores públicos que se encuentren en condición de protección especial. Los servidores públicos que les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, así como aquellos que cuenten con algún tipo de condición de protección especial, deberán cumplir con sus responsabilidades y funciones establecidas en la normatividad vigente." (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que como política dispuesta en el Plan Nacional de Desarrollo 2018 -2022, los empleos vacantes de carrera administrativa que se encuentren desempeñando por personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 1955 de 2019, esto es el 25 de mayo de 2019, le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su derecho pensional respectivo.

Es importante aclarar que el presupuesto de derecho que dispone el parágrafo 2° de la norma anteriormente citada, es de carácter irretroactivo, quiere decir que no tiene efectos sobre hechos o situaciones ocurridos previos a la entrada en vigencia de esta ley.

1.El legislador entonces, y para dar respuesta a su primer interrogante, previó en caso de provisión definitiva de cargos para las personas que les falte tres años o menos para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez, cuyos nombramientos en las entidades públicas es de carácter provisional o temporal; una 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.

Frente al procedimiento que indica en su segundo interrogante y los documentos que alude en el séptimo, el artículo 3° del Decreto 1415 de 2021, dispone que en efecto deberán ser reubicados estos

⁴ "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."

empleados hasta tanto cumplan con los requisitos para su pensión, reglas que se encuentran previstas en el artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto 1083 de 2015, a saber:

“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. (...)”

A partir de lo anterior, y para dar respuesta a sus interrogantes, los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de especial protección deberán acreditar esta causal; para esto el jefe de personal o quien haga sus veces deberá verificar que les falte el equivalente a tres (3) años o menos, bien en semanas de cotización, edad o ambas para causar el derecho a su pensión de jubilación, expidiendo constancia escrita en este sentido. Al jefe de la entidad le corresponderá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario a la protección.

Frente a su tercer interrogante, una vez revisadas las normas aplicables al presente asunto no se encontró alguna que disponga acompañamiento por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil en este proceso, sin embargo, es importante reiterar que la protección especial dispuesta 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 previo a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, esto es, 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, para reunir los requisitos legales para percibir su pensión de jubilación.

Abordando su cuarto interrogante, es preciso citar sentencia⁵ proferida por la Corte Constitucional, en la cual se pronunció con lo siguiente en lo referente a la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, a saber:

“Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo

⁵ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 03 de junio de 2014, Referencia: expediente T-4207621, Consejero Ponente: María Victoria Calle Correa.

concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027^[56]; de otro lado, que la accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia.” (Subrayado fuera del texto original)

Como puede observarse, la Corte es insistente en indicar que los empleados provisionales gozan de una estabilidad relativa, lo que supone que estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este al ser de naturaleza de carrera administrativa debe proveerse mediante la realización de un concurso de méritos, sin embargo, y para lo que nos ocupa, para aquel personal que se encuentra sujeto de especial protección por encontrarse próximo a pensionarse debe concurrir una

relación entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, como es el mínimo vital y la igualdad de oportunidades.

En ese sentido, la jurisprudencia ha sostenido que la eficacia de los derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral a través de un ejercicio de ponderación entre estos derechos y los principios que integran la carrera administrativa. Para ello, a estos empleados sujetos de esta protección deberá otorgársele un trato preferencial como acción afirmativa, previo a efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos.

En cuanto a su quinto interrogante, el numeral 4° del artículo 21 ibidem, adicionado por el Artículo 6° del Decreto 894 de 2017⁶, dispuso lo siguiente:

“1. ARTÍCULO 21. Empleos de carácter temporal.

De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. (...)

De la normativa que se dejó indicada, puede concluirse que la creación de empleos temporales dentro de las entidades obedece a un estudio técnico de conformidad a las condiciones indicadas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, empleos que dentro de su carácter funcional no debe realizar el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; desarrollar programas o proyectos de duración determinada; suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo o labores de consultaría.

En tal sentido y para dar respuesta a su quinto y sexto interrogante, no es procedente que dentro de una entidad se cree una planta temporal para aquellos servidores que se encuentran sujetos de protección especial por encontrarse en calidad de prepensionados o para madres cabeza de familia que no superaron el respectivo concurso de méritos, toda vez que esta planta es creada mediante un estudio de carácter técnico, el cual debe obedecer entre otros criterios a funciones que no desempeña el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.

Finalmente, 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.

⁶ “Por el cual se dictan normas en materia de empleo con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.”

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: Valeria B.
Revisó: Harold Herreño.
Aprobó: Armando López Cortes.
11602.8.4