



Concepto 349801 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000349801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000349801

Fecha: 06/11/2019 03:17:59 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales Prepensionados y empleados incapacitados - RAD: 20192060347832 de 17 de octubre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe un tratamiento especial para empleados provisionales que están enfermos y que sus cargos fueron ofertados en el concurso de méritos de la entidad, y cómo debe procederse en el caso de empleados provisionales prepensionados que sus cargos también han sido ofertados, me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente debe tenerse en cuenta que de conformidad con la Constitución política, artículo 125, 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; de tal manera que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito.

El sistema de mérito se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, en cuanto a los concursos, establece:

«ARTÍCULO 2º. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

De conformidad con lo anterior los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

(...) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, se considera necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante nombramiento provisional que deseen acceder a un empleo público de carrera administrativa en propiedad, participen en los concursos de méritos abiertos en los cuales podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, y de esa forma garantizar los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano.

En ese sentido, para abordar su primer interrogante relacionado con los empleados en condición de incapacidad o que padecen una enfermedad se indica que, el Consejo de Estado ha sido insistente en manifestar que la situación de incapacidad no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro¹. Al respecto, señaló:

"Por otra parte, es claro también que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.

La incapacidad, cierto es, da derecho al tratamiento asistencia correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, pero en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que ciertamente no es causal de ruptura de la relación laboral si no es en el supuesto del artículo 18, parágrafo, del Decreto ley 3135 de 1968 "el empleado o trabajador será retirado del servicio" ni tampoco confiere per se alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista." (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo indica el Alto Tribunal, la incapacidad es una situación circunstancial y transitoria y no es considerada causa de ruptura de la relación laboral, sin que dicha situación administrativa le confiera al empleado fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un trabajador a través de la declaratoria de insubsistencia.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección se considera viable que se retire definitivamente de una entidad a un empleado provisional si es para designar a quien ganó la plaza mediante concurso, aunque se encuentre en incapacidad; la situación de la incapacidad no le otorga al servidor condición especial que impida su retiro, toda vez que continúa ostentando la calidad de empleado público y durante dicha situación subsiste su vinculación laboral.

Por otro lado, sobre el tema de retén social la Ley 790 de 2002², consagra:

"ARTÍCULO 12. 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." (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003). (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Así mismo, sobre protección especial el Decreto 1083 de 2015, indica:

"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 del presente decreto."

"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 respetarán las siguientes reglas:

(...)

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 podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección."

Con fundamento en lo expuesto, la ley ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección, tales como las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que tienen la calidad de pre pensionados, es decir, que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios). No obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida en que para efectos de acceder al beneficio, el servidor público debe demostrar tal condición, y la entidad, deberá verificar que así sea.

Ahora bien, es indispensable señalar que este grupo de especial protección puede competir en igualdad de condiciones con las demás personas que se presenten a un concurso de méritos para acceder a un empleo público, ya que como lo señala la jurisprudencia, su situación no los exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Por otro lado, de acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002, el Decreto 190 de 2002 y el Decreto 1083 de 2015, la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta entiéndase madres o padres cabeza 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, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Frente a la protección especial para los empleados públicos próximos a pensionarse, la Corte Constitucional, en sentencia T-009 del 17 de enero de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo:

"...La Sala considera que la incorporación del retén social al plan de renovación de la Ley 812 hace inaplicable el término de vigencia conferido por la Ley 790 de 2002, por lo menos en lo que hace referencia a la fecha a partir de la cual debe empezar a contarse el periodo de protección de 3 años. No obstante, ese lapso abstracto dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a pensionarse, como condición para recibir los beneficios del retén social -los 3 años- debe conservarse, pues constituye el término que a ojos del legislador define a quien está próximo a pensionarse.

En conclusión, el legislador estableció en 3 años como el lapso dentro del cual una persona puede considerarse próxima a pensionarse. Con ello consagró un plan de transición por dicho lapso. Este término debe ser respetado por la Corte. Lo que fue modificado, gracias a la vigencia de la Ley 812, es la fecha, el momento histórico, a partir del cual deben contabilizarse esos 3 años.

Ello porque el hecho de que el término de 3 años se cuente a partir de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 es una condición claramente modificada por el Plan Nacional de Desarrollo -812 de 2003-, pues ésta última prolongó la vigencia del retén social a todo el plan de renovación de la administración pública, no ya al que fue objeto de regulación transitoria por parte de la Ley 790. (...)

Esto incluye, como ha quedado claro, la protección a las personas próximas a pensionarse. De conformidad con lo dicho, la Sala entiende que, para efectos de la aplicación de las normas correspondientes, se entiende que una persona próxima a pensionarse es aquella a la que le faltaren menos de 3 años para adquirir el derecho a pensionarse. Los 3 años deben empezar a contarse a partir de la fecha de reestructuración de la entidad, siempre y cuando la misma se haya reestructurado dentro del programa de renovación de la administración pública. (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se infiere que la protección especial del Retén Social, se aplica a todos los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano y a las entidades en liquidación o reestructuración, dando cumplimiento a las reglas que se han dejado indicadas.

En ese sentido, de acuerdo a lo manifestado en su consulta, como quiera que la entidad deberá proveer la vacancia definitiva a través del nombramiento con la persona que superó el concurso de méritos, no se presentaría entonces la aplicación de la figura de retén social como prepensionada, toda vez que, en dicho caso, no se está frente a un proceso de reestructuración o liquidación, sino que se está dando aplicación a las normas de carrera administrativa.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, será procedente la terminación del nombramiento provisional, debido a la provisión definitiva del empleo con el participante en el respectivo concurso que ocupó el primer puesto en la lista de elegible.

Así mismo se indica que, de acuerdo con los criterios expuestos por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, como en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado y para la Corte, sólo es admisible una motivación donde la insubstancia 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 el empleado concreto.

Ahora bien, sobre sus preguntas 3 y 4 relacionadas con la procedencia de modificar los cargos ofertados mediante concursos de mérito, me permito informarle que de conformidad con lo establecido en el artículo 121 de la Constitución Política, ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuya la Constitución y la Ley; por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no es la entidad competente para pronunciarse sobre el tema de Carrera.

Para tal efecto y en virtud del artículo 130 de la Constitución Política, por ser la Comisión Nacional del Servicio Civil la responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, con excepción de las que tengan carácter especial, remitimos su comunicación mediante radicado 20196000349821 a dicha entidad para que, en cumplimiento de sus funciones, dé respuesta a los puntos antes señalados.

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

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

2 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

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:19:32