



Concepto 363761 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000363761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000363761

Fecha: 19/11/2019 03:00:47 p.m.

Bogotá D. C

REFERENCIA: Observaciones al Proyecto de Ley No. 280 de 2019 Senado, 111 de 2018 Cámara “por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y proteger en materia laboral a las personas en edad próxima de acceder a la pensión de vejez y se dictan otras disposiciones”.

Revisado el Proyecto de Ley de la referencia, me permito presentar los siguientes comentarios y consideraciones, en el marco de las competencias de este Departamento Administrativo, para que sean tenidas en cuenta por los Honorables Senadores en la elaboración de la ponencia para segundo debate en Senado:

En términos generales el proyecto de ley en estudio, tiene por objeto impulsar el empleo de las personas adultas mayores que no gozan de pensión, promoviendo la autonomía y autosuficiencia económica del adulto mayor, garantizando así el envejecimiento activo, satisfactorio y saludable de la población colombiana.

En tal sentido, este Departamento Administrativo considera que la normativa analizada desarrolla los preceptos constitucionales y reconoce al adulto mayor y a los prepensionados como sujetos de especial protección.

Así las cosas, este Proyecto de Ley contiene estipulaciones que complementan de manera significativa las normas que se han expedido con la finalidad de garantizar la protección integral del adulto mayor, en especial la Ley [1251](#) de 2008.

No obstante, lo anterior, frente al artículo 9º del Proyecto de Ley, es necesario hacer las siguientes precisiones con el ánimo de coadyuvar en el mejoramiento de dicha iniciativa:

EL ARTÍCULO [9º](#) aprobado en tercer debate en la Comisión Séptima de Senado establece:

“ARTÍCULO [9º](#). Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Los adultos en edad de prepensión, de

conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley, 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.

PARÁGRAFO 1º. El Gobierno Nacional a través del Departamento de la Función Pública reglamentara el presente artículo dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la Ley, sin que superado este término el Gobierno Nacional pierda la función reglamentaria.

PARÁGRAFO 2º. Los beneficios en materia de deducción de impuesto sobre la renta tributaria y los demás establecidos en la presente ley o en la normatividad legal vigente para el fomento de la contratación de los adultos mayores objeto de la presente ley, serán extendidos a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las de economía mixta".

Sobre el particular es importante señalar en primer lugar que, frente a la protección especial que se debe brindar al empleado público en el caso de reestructuración administrativa, la Ley 790 de 2002 señala lo siguiente:

"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. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

ARTÍCULO 13. Aplicación en el tiempo. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1º de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley"

Igualmente, el Decreto 190 de 2003¹, señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 12. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres 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 1º del presente decreto. (Subrayado nuestro)

ARTÍCULO 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

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

De las normas transcritas puede evidenciarse que el legislador ya ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentran

en edad de prepensión; no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida que de conformidad con lo señalado en el artículo 13 del Decreto 190 de 2003, para efectos de acceder al beneficio, la entidad se debe encontrar en proceso de rediseño institucional y el servidor público debe demostrar una condición especial, que deberá ser verificada por la misma entidad.

En virtud de lo expuesto, de acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003; entre los cuales tenemos a las "madres 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", 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, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Ahora bien, es necesario mencionar que la figura del "Retén Social" es aplicable tanto en las entidades del orden nacional o como en las del orden territorial, que se encuentren en procesos de reestructuración, tal y como lo señala por la Corte Constitucional en Sentencia T - 353 de 2010²:

"1.5. Del mismo modo, esta Corte ha indicado que las normas que regulan la especial protección que la Carta Política otorga a determinados grupos vulnerables de la población en procesos de reestructuración administrativa que tienen la calidad de servidores públicos que hacen parte de entidades del orden nacional, es igualmente predicateble de aquellos trabajadores de la administración que prestan sus servicios en entidades del sector territorial. En efecto, en sentencia T-1031 de 2006, el Tribunal Constitucional señaló cuanto sigue:

"6. Así las cosas, para la Sala no cabe duda que si bien es cierto la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, no lo es menos que las entidades territoriales que deciden modernizar, actualizar y modificar las plantas de personal también deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado, tales como los previstos en esa normativa. Luego, se concluye que en aplicación directa de los artículos 1º, 13, 25, 43 y 44 de la Constitución, los beneficios previstos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, también se aplican a los trabajadores de las entidades de la rama ejecutiva del sector territorial".

1.6. En conclusión, los servidores públicos que tengan la condición de madres o padres cabeza de familia; personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas; o trabajadores próximos a pensionarse, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en razón del llamado retén social. Este amparo (i) se prolonga hasta el momento en que se extinga definitivamente la existencia jurídica y material de la empresa objeto del proceso de reestructuración, o quede en firme el acta final de liquidación de la entidad de que se trate y; (ii) es otorgable en similares condiciones a los servidores públicos que estén vinculados con la administración en el orden territorial." (Subrayado fuera del texto)

En conclusión, en criterio de este Departamento Administrativo, la protección del Retén Social sólo cobija a los empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad ya descritos, vinculados en entidades Estatales que se encuentren en proceso de reestructuración, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, o liquidación, siempre y cuando se reglamente dentro de la entidad la aplicación de este beneficio.

Ahora bien, frente a lo que se ha considerado por prepensionado, la Corte Constitucional, en sentencia T-009 del 17 de enero de 2008, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó en relación con la protección especial para los empleados públicos próximos a pensionarse, lo siguiente:

"...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 tiene que la protección especial del retén social, se aplica no solo en los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano, a las entidades en liquidación o reestructuración, sino a todos los Servidores Públicos que tengan la condición de madres o padres cabeza de familia; personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas; o trabajadores próximos a pensionarse, quienes por su condición tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada.

Por otra parte, la ley 1955 de 2019, en su artículo 263 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 263º. 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. (Subrayado fuera de texto)

-
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.

Por disposición de la Ley 1955 de 2019, los empleados provisionales que antes de diciembre de 2018, les falten 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertadas por la CNSC una vez el servidor cause su derecho pensional.

En ese orden de ideas, este Departamento Administrativo sugiere la eliminación del artículo 9º, teniendo en cuenta que el Legislador ya reguló el tema y este fue reglamentado a través de Decreto.

En los anteriores términos este Departamento rinde su concepto frente al proyecto de ley propuesto.

Quedamos atentos para asesorar en los temas que se consideren pertinentes.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Ma. Camila Bonilla G.

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002".

2. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. - Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diez (2010).

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:21:51