



Concepto 056631 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000056631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000056631

Fecha: 02/02/2022 11:07:06 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS - APLICACIÓN RETÉN SOCIAL. Generalidades de la aplicación de la figura del retén social a prepensionados. RAD. 20219000766812 del 28 de diciembre de 2021.

En atención a sus interrogantes contenidos en el oficio de la referencia, relacionados con generalidades de la aplicación del retén social a servidores prepensionados, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero hacer alusión a la normativa citada en su consulta con relación a la figura del retén social, por lo que acudimos al Decreto 190 de 2003¹ que sobre el particular establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

(...)

1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez".

(...)

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.

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.” (Subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, se tiene que la Figura del Retén Social, es un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección; 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; por su parte, la entidad deberá verificar que se presente tal condición.

De igual forma, el empleado o la empleada interesada, debe acreditar cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002² 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, respecto de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, es oportuno resaltar que el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993³, consagra:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Con relación a los contratos de prestación de servicios señala que son aquellos que realizan las entidades con personas naturales o jurídicas, con la finalidad de desarrollar actividades relacionadas con la administración que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o que requiera conocimientos especializados.

Igualmente, el Decreto 1082 de 2015⁴, en el Artículo 2.2.1.2.1.4.9., señala lo siguiente:

"Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita."

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos."

En armonía con lo anteriormente citado, el Consejo de Estado en Sentencia del 15 de noviembre de 2018. Rad: 25000-23-42-000-2014-00759-01(4967-15) Consejero ponente: William Hernández Gómez, consideró:

"El contrato de prestación de servicios tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturización del contrato estatal".

De conformidad con las normas y la jurisprudencia anteriores, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

Ahora bien, respecto del ejercicio de funciones de carácter permanente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, expresó:

«i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (Artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de

funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”»

De acuerdo con lo expuesto, las funciones permanentes son aquellas que la entidad debe ejecutar en su actuar ordinario porque le fueron conferidas por la Constitución y la Ley, por lo tanto los funcionarios de planta que a su vez hacen parte de la estructura organizacional de la entidad, distribuidos en sus diferentes áreas y dependencias deben atender en el ejercicio de sus funciones a los niveles de jerarquía y responsabilidad, según corresponda con el organigrama de la entidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que los contratistas de prestación de servicios rigen su relación con la entidad a través del contrato, el cual dispone las condiciones de ejecución del contrato en cuanto objeto, plazo, valor y forma de pago. Es decir, el contratista deberá ejecutar las obligaciones de acuerdo a lo estipulado en su objeto contractual, de tal manera que no se constituyen como servidores públicos de la entidad pública respectiva.

De acuerdo con lo señalado, nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿Los afiliados partícipes de las organizaciones sindicales con contratos sindicales pueden hacer uso de cualquiera de estas figuras cuando les falte 3 años o menos para pensionarse?

Siempre que la entidad se encuentre en un proceso de rediseño institucional y los servidores acrediten la condición que pretendan hacer valer, no se encuentra impedimento para que los empleados públicos de la entidad se mantengan en retén social; así las cosas y teniendo en cuenta que los contratistas no se constituyen como servidores de la entidad no se encontrarán dentro del campo de aplicación de las normas de retén social citadas.

2. ¿Si el trabajador del sector privado, el afiliado partícipe o el servidor público ya tienen el tiempo de semanas cotizadas y cuentan con más de 62 años, pero no han iniciado el trámite de radicación de documentos ante los fondos de pensiones, pueden alegar el retén social o la estabilidad laboral para continuar su vinculación?

De acuerdo con lo señalado en la normativa que regula la materia, el retén social en los procesos de rediseño institucional aplicará, a los servidores públicos 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 decreto 190 de 2003; es decir, la protección va hasta cuando los servidores cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.

3. ¿Estas figuras son aplicables en los contratos de prestación de servicios?

Se reitera lo señalado en la pregunta número 1 en el sentido de que los contratistas de prestación de servicios no son servidores y por lo tanto no se encuentran dentro del campo de aplicación de la norma.

4. ¿Estas figuras son aplicables para la vinculación en planta temporal?

Tal como se ha señalado, 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.

En ese sentido, y para responder le tema objeto de consulta, como quiera que para el presente caso no se trataría de un programa de renovación de la administración pública o una reestructuración o liquidación de la entidad, sino de la finalización del término de una planta temporal⁵, no es aplicable para los servidores públicos a quienes se les termine el nombramiento por causa de la terminación de dicha planta temporal el retén social, toda vez que esta figura se estableció en el marco de rediseño institucional; es decir, en la planta permanente de la entidad.

Por lo tanto, el retiro del servicio se da como consecuencia de la terminación de duración de la planta temporal, sin que las normas sobre retención social otorguen protección para el caso de terminación de la planta temporal.

5. ¿Estas figuras pueden ser utilizadas como justificación para prolongar el tiempo para obtener la pensión hasta la edad de retiro forzoso?

De acuerdo con lo señalado en la normativa que regula la materia, el retén social en los procesos de rediseño institucional aplicará, a los servidores públicos 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 decreto 190 de 2003; es decir, la protección va hasta cuando los servidores cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002".
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".
3. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
4. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional"
5. En los términos del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:20