



Función Pública

Concepto 125681 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000125681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000125681

Fecha: 25/03/2022 04:58:46 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - Encargo. PROTECCION LABORAL- Prepensionado. Radicación No. 20222060121412 de fecha 14 de Marzo de 2022.

Respetada señora, reciba un cordial saludo,

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta si es viable conceder el fuero de pre pensionado frente al encargo de un servidor público con derechos de carrera administrativa, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 909 de 2004, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, estableció:

«Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.»(Subrayado fuera de texto)

«Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.» (Subrayado nuestro)

«Artículo 29. Concursos. Modificado por el ARTICULO 2°, de la ley 1960 de 2019. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así

ARTÍCULO 2. 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.

Bajo estos presupuestos, esta Dirección jurídica estima que cualquier persona que reúna los requisitos puede concursar para acceder a un cargo de carrera o para ascender, una vez se abra el proceso de selección respectivo y de esa forma, garantizar los criterios meritocráticos que constituyen uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano; es decir que, para acceder a estos empleos de carrera, deberá concursar y ganar la plaza, ya que el paso del tiempo como empleado público en entidades del estado, no otorga derechos de carrera sobre un determinado empleo.

Ahora bien, en cuanto a la provisión de empleos por vacancia definitiva, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. (...)

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

(...)”

De acuerdo a las anteriores disposiciones, los cargos de carrera administrativa, deberán ser provistos mediante nombramiento con la persona que ocupe el primer puesto en la lista de elegibles, resultante del respectivo concurso de mérito.

Con relación al reporte de las vacantes a la Comisión Nacional del Servicio Civil, el ya mencionado Decreto 1083 de 2015, Señala:

“ARTÍCULO 2.2.6.34. Registro de los empleos vacantes de manera definitiva. Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca.

Las entidades deben participar con la Comisión Nacional de Servicio Civil en el proceso de planeación conjunta y armónica del concurso de méritos. La convocatoria deberá ser firmada por la Comisión Nacional de Servicio Civil y por el jefe de la entidad pública respectiva.

Previo al inicio de la planeación del concurso la entidad deberá tener actualizado su manual de funciones y competencias laborales y definir los ejes temáticos.

(...)” (Destacado nuestro)

De acuerdo al artículo anterior corresponde a los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca.

Como puede observarse, la obligación consiste en reportar todos los empleos vacantes de manera definitiva. La vacancia definitiva “hace

referencia a aquellos empleos de carrera administrativa que no han sido provistos por el sistema de mérito, o que, habiendo sido provistos por este medio, quedaron vacantes por alguna causal de retiro del servicio como: renuncia, muerte del titular, reconocimiento de la pensión de vejez o el nombramiento en ascenso luego de ganar concurso de méritos en la misma entidad o en otra entidad administrada y vigilada por la CNSC” y demás causales establecidas en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015.

Ahora bien, sobre la situación administrativa de encargo, el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece:

“ARTÍCULO 1°. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

(...)” (Destacado nuestro)

Es decir que, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

Respecto de la terminación de un encargo el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 señala que, antes de cumplirse el término de duración de éste o el de su prórroga, el nominador, por resolución motivada, podrá dar por terminado el encargo; es decir que, el encargo en un empleo de carrera administrativa que presente vacancia definitiva, podrá prolongarse hasta tanto se realice el concurso respectivo y se nombre en período de prueba en el respectivo empleo a quien superó el concurso de méritos.

Así las cosas para el caso de su consulta, teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 2.2.6.34 del Decreto 1083, si bien el cargo de carrera administrativa del cual el servidor público es titular no se reporta teniendo en cuenta que el mismo no presenta vacancia definitiva, el empleo que ejerce mediante la figura de encargo sí se encuentra vacante, de acuerdo a lo informado en su petición, y en ese sentido, la entidad empleadora deberá reportar el cargo que ejerce mediante encargo para que pueda ser provisto a través del sistema de mérito.

En consecuencia, teniendo en cuenta la información suministrada en su consulta, aunque el servidor público se ha desempeñado mediante encargo, dicha situación no otorga derechos de carrera sobre este empleo, motivo por el cual, al estar vacante de manera definitiva dicho cargo, la entidad tiene la obligación de reportarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se provea a través de concurso de méritos.

Se recuerda que, una vez realizado la provisión definitiva del empleo de carrera administrativa mediante concurso, el cargo se deberá ocupar por quien haya ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, siendo procedente con ello que el nominador dé por terminado la situación administrativa de encargo y regresando así, al respectivo cargo del cual es titular. No obstante, se recuerda que el nominador por resolución motivada podrá en cualquier momento ,dar por terminado el encargo, de acuerdo a lo señalado por el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015.

Por último, sobre el tema de retén social señalado en su consulta se indica que, la Ley 790 de 2002, 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 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.”

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.

De acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 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 entendiéndose 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.

Ahora bien, 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.

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.

En ese sentido, en el evento en el que la entidad deba proveer la vacancia definitiva a través del nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos, para el presente caso de su consulta, no se presentaría entonces la aplicación de la figura de retén social como prepensionado, toda vez que, no se está frente a un proceso de reestructuración o liquidación, sino que se está dando aplicación a las normas de carrera administrativa.

Por ultimo, se aclara que la protección especial que se abordó en este concepto, es referente a que los empleados pre pensionados no pueden ser retirados del servicio, sin embargo en el presente caso de consulta, el servidor público no ha sido retirado del servicio, sino que su separación del empleo obedeció a la terminación del encargo por lo que el empleado del encargo para proveerlo de forma definitiva de acuerdo con la reglamentación Constitucional y Legal dispuesta para tal efecto.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Proyectó: Christian Ayala

Reviso: Harold Herreño.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:09:40