

**Función Pública**

Concepto 167281 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000167281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000167281

Fecha: 09/08/2016 04:39:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Protección especial. Derechos de los empleados de carrera en caso de supresión del empleo. RAD.: 20162060178032 del 27 de junio de 2016.

En atención a su oficio de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 790 de 2002¹, el Decreto 190 de 2003², la Ley 909 de 2004³, el Decreto Ley 760 de 2005⁴ y el Decreto 5016 de 2009⁵.

En primer lugar, respecto del *retén social* es preciso indicar 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.” .

Por su parte, el Decreto 190 de 2003, señala:

“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 1° del presente decreto.” (Subrayado fuera del texto original).

ARTÍCULO 14. Pérdida del derecho. La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando se constate que el ex empleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial.”

Frente a las normas relacionadas, tenemos que la ley ha otorgado 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 en que, para efectos de acceder al beneficio, el servidor público debe demostrar tal condición, de conformidad con lo señalado en el artículo 13 del Decreto 190 de 2003 y así mismo, la entidad deberá verificar que se presente tal condición.

Conforme a lo anterior, y como lo plantea en su escrito, algunos de los servidores nombrados en carrera administrativa, no pudieron ser incorporados en el mismo empleo o en uno equivalente de la nueva planta de la entidad. Sin embargo, eran beneficiarios del *retén social*, y por tal razón, fueron incorporados a una planta transitoria.

Ahora bien, como lo establece el artículo 14 del Decreto 190 de 2003 y como quedó señalado en el Decreto 4677 de 2010⁶ que creó la planta transitoria de la entidad, en el evento que la condición por la cual el empleado fue beneficiario del *retén social* desaparezca, la estabilidad laboral cesará cuando se verifique que efectivamente se ha superado la situación por la cual fue beneficiario de esta protección.

Sin embargo, como son servidores públicos en carrera administrativa, es necesario realizar un análisis sobre los derechos que conservan estos empleados en caso de supresión de cargo.

La Ley 909 de 2004, establece:

“ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1: Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, el Decreto Ley 760 de 2005, establece:

“ARTÍCULO 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1 La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

28.1.1 En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

28.1.2 En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4 En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5 La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARÁGRAFO. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.”

“ARTÍCULO 29. De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el párrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004.”

“ARTÍCULO 30. El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior. Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización.”

“ARTÍCULO 32. El jefe de la entidad, mediante acto administrativo motivado, deberá reconocer y ordenar el pago de la indemnización a que tiene derecho el ex empleado dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia de alguno de los siguientes hechos:

32.1 Cuando el ex empleado hubiere optado expresamente por la indemnización.

32.2 Cuando el ex empleado no hubiere manifestado su decisión de ser reincorporado.

32.3 Cuando al vencimiento de los seis meses para ser reincorporado, no hubiere sido posible su reincorporación en empleo igual o equivalente al suprimido.

La decisión se notificará al interesado y contra ella procede el recurso de reposición. En dichas actuaciones se observarán las formalidades establecidas en el Código Contencioso Administrativo.”

Conforme a lo señalado, los empleados inscritos en carrera administrativa a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho:

1. Preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal.
2. De no ser posible la incorporación, pueden optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. De no ser posible la reincorporación, el empleado será indemnizado.

El derecho preferencial es una regla en beneficio de los empleados de carrera y una obligación para la administración de incorporar en los empleos de la nueva planta de personal a quienes se les ha suprimido su cargo, así como de reincorporar, después del retiro, cuando el empleado opte por ello o recibir la correspondiente indemnización.

Del mismo modo, el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", señala:

“ARTÍCULO 2.2.11.2.4 Indemnización. La indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los siguientes factores:

1. Asignación básica mensual correspondiente al empleo de carrera del cual es titular a la fecha de su supresión.
2. Prima técnica cuando constituya factor salarial.
3. Dominicales y festivos.
4. Auxilios de alimentación y de transporte.
5. Prima de navidad.
6. Bonificación por servicios prestados.
7. Prima de servicios.
8. Prima de vacaciones.
9. Prima de antigüedad.
10. Horas extras.”

“ARTÍCULO 2.2.11.2.5 Pago de la indemnización. El pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma. En caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación.”

“PARÁGRAFO. Los valores cancelados por concepto de indemnización no constituyen factor para la liquidación de ningún beneficio laboral, pero son compatibles con el reconocimiento y el pago de las prestaciones sociales a que tuviere derecho el empleado retirado.”

De acuerdo con lo anterior, para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

Cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Así mismo, la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los factores señalados artículo 2.2.11.2.4 del Decreto 1083 de 2015.

CONCLUSIONES:

1. De acuerdo con el marco legal, si bien los empleados vinculados a la planta transitoria del ICFES ya no acreditan la condición para ser beneficiarios del retén social, son empleados públicos de carrera administrativa, quienes como consecuencia de la supresión de los cargos de los cuales eran titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

2. El pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y el tiempo que se tendrá en cuenta para su cálculo será partir de la fecha de posesión hasta que efectivamente es retirado del servicio y se suprime el cargo dentro de la planta transitoria.

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 <https://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,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con Funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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.

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

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

4. Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

5. Por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES.

6. Artículo 6. - Los empleos públicos en condición de prepensionados, se mantendrán en la planta de cargos, mientras conserven la condición que les otorga el supuesto de hecho que generó el beneficio, y extinguida la condición del beneficiario por circunstancias sobrevinientes, los empleos que se señalan a continuación, se entenderán, automáticamente suprimidos.

Artículo 7. En cumplimiento de la Protección Especial Constitucional dispuesta para madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, personas con limitaciones física, mental, visual o auditiva y mujeres embarazadas, los siguientes empleos se mantendrán temporalmente en la planta de personal mientras conserven la condición que les otorga el reunir el supuesto de hecho que generó el beneficio; extinguida la condición de beneficiario por circunstancias sobrevinientes, el cargo quedará automáticamente suprimido.”

MFP/MLHM
600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:51:43