



Concepto 180921 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000180921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000180921

Fecha: 17/05/2022 09:48:57 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETEN SOCIAL. Concurso de méritos RADICACIÓN: 20222060162832 Del 12 de abril de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre:

“¿qué condiciones se deben tener en cuenta para establecer cuáles son los empleos que no se ofertarán para el concurso de méritos por hacer parte de la Renten Social?”

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Como quiera que en su consulta se refiere al retén social, es preciso indicar en primer lugar que, esta protección encuentra su fundamento en la Ley 790 de 2002¹ y tiene como fin proteger a los empleados que se encuentran dentro de los grupos de protección contemplados por esta misma norma para aquellos eventos en los cuales la entidad realice reestructuración; así mismo, el Consejo de Estado, manifestó sobre el retén social de la siguiente manera:

“Así mismo, en lo que tiene que ver con las entidades públicas a las cuales se les aplican las disposiciones previstas en la Ley 790 de 2002 debe decirse que, dicha ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva en el orden nacional razón por la cual, se advierte que, son las entidades nacionales, y específicamente a sus empleados, a quienes les resultan aplicables las previsiones contenidas en el artículo 12 de la citada Ley 790 de 2002. En este punto, la Sala no pasa por alto que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que si bien, la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, (...).”² (subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, toda vez que el retén social es únicamente aplicable para aquellos casos de reestructuración de la entidad, se permite precisar esta Dirección que no le es aplicable el uso del retén social para efectos de los concursos de méritos; por lo que, cabe indicar que el ingreso al empleo público, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.”

(...)” (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante concurso de mérito. Este 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 Carta.

En el mismo sentido, la Ley 909 de 2004³, establece:

“ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)” (Subrayado fuera del texto).

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.

En ese orden de ideas, se considera necesario que las personas vinculadas con el Estado con derechos de carrera y que deseen acceder a un nuevo empleo público de carrera administrativa en ascenso y aquellos nombrados en provisionalidad se presenten aquellos concursos abiertos, en los cuales podrán estar 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.

Bajo estos presupuestos y dando respuesta a su interrogante, esta Dirección jurídica se permite indicar que los empleos que se encuentren vacantes aun cuando estén siendo ocupados por empleados nombrados en provisionalidad deberán ser ofertados, en este punto se debe precisar que los empleados nombrados en provisionalidad y la estabilidad laboral de estos, por lo que ocupa mencionar, lo contemplado por la Corte Constitucional, los empleados nombrado en provisionalidad *“gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.”*⁴ En este sentido, la estabilidad laboral relativa de los empleados vinculados en provisionalidad cede ante el mejor derecho de aquellos que supere el curso de méritos correspondiente.

Asimismo, La Corte Constitucional ha reconocido que: *“dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.”*⁵

Por su parte, resulta oportuno revisar sobre las disposiciones en el marco de la protección a las personas que ostentan situaciones amparadas por la Ley, en ese orden de ideas tenemos el Decreto 1415 de 2021⁶ el cual tratarse de una modificación y adición al decreto 1083 de 2015⁷, tendrá el mismo campo de aplicación, el cual es:

“ARTÍCULO 2.1.1.2 Ámbito de Aplicación: Las disposiciones contenidas en el presente decreto son aplicables a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, de acuerdo con la determinación específica que se haga en cada Título de la Parte 2.”

De lo anterior tenemos que, en virtud de la condición de empleado de una entidad del orden territorial como afirma en su consulta, le son aplicables las disposiciones anteriormente citadas, por lo que la protección contenida en el Decreto 1415 de 2015 cubre a los empleados de la rama ejecutiva, no obstante, dicha protección no es absoluta, toda vez que, procede únicamente en los casos de supresión de empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, por lo que, en el caso de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado concurso de méritos, no es procedente solicitar la protección contenida en el artículo 2.2.12.1.2.2 citado.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 determina:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Ahora bien, el artículo 2.2.12.1.2.2 determina sobre el trámite para obtener la protección con ocasión a la estabilidad laboral de la siguiente manera:

"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 permanente o temporal respetarán las siguientes reglas:

Acreditación de la causal de protección:

a) *Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica:* Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de los servidores públicos, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, deberá ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez;

b) *Personas con limitación visual o auditiva:* Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben solicitar la valoración de dicha circunstancia, a través de la Empresa Promotora de Salud, EPS, a la cual estén afiliados y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, en caso de duda, solicitará

por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada al Instituto Nacional para Ciegos (INCI) para las limitaciones visuales; y al Instituto Nacional para Sordos (INSOR) para las limitaciones auditivas;

c) *Personas con limitación física o mental:* Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Laborales, ARL, a la cual estén afiliados, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez;

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

Aplicación de la protección especial:

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de talento humano o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal permanente o temporal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación. La garantía para los servidores próximos a pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

PARÁGRAFO. En el caso de los organismos y entidades que cuenten con plantas temporales, aplicarán las reglas establecidas en el presente artículo, hasta el término de duración señalado en el acto administrativo por la cual se creó o prorrogó la planta temporal. La protección especial de que trata este artículo aplicará solamente mientras la vigencia de la planta temporal." (subrayado fuera del texto).

Así las cosas, es de advertir que en virtud de la norma citada en cuanto a que la garantía de dicha protección se debe tener presente que procede únicamente de los casos de supresión de empleo como consecuencia de una reforma de planta personal y se formalizará a través de un documento emitido por los jefes de personal o quienes hagan sus veces, quienes deberán verificar que la persona cumple con los requisitos para el acceso a la estabilidad laboral.

Ahora bien, frente a la calidad de prepensionados el Decreto 1415 de 2021 señala en su artículo segundo lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.4 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.4. Provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito. Para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.”

De conformidad con lo dispuesto quien ostente la calidad de prepensionados, es decir, que le falten tres años o menos para causar su derecho a la pensión se deberá aplicar lo determinado por el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1995 de 2019⁸el cual señala:

“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.

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.”

En este orden de ideas, es clara la norma en señalar que esta protección es para aquellas personas vinculadas en nombramiento en provisionalidad antes de diciembre de 2018 y que ostenten la calidad de prepensionados, situación que deberá acreditar el empleado y respetar la entidad.

Por otro lado, la norma contempla que, 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, le corresponderá a la entidad adelantar acciones afirmativas sin perjuicio del derecho preferencial de las personas en listas de elegibles.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno mencionar que dentro de las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016⁹, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni pronunciarse en circunstancias de carácter particular u ordenar a las entidades públicas el cumplimiento de las disposiciones normativas que se emitan, por lo que esta Dirección Jurídica conceptualiza de manera general sobre los temas consultados.

Por último, se permite concluir esta dirección:

El retén social de acuerdo con la Ley 790 de 2002 es únicamente aplicable en los casos de restructuración de las entidades, por lo que no es procedente en este caso al tratarse de un concurso de méritos.

La condición de prepensionados la ostentan aquellas personas que en virtud de la norma le falten 3 o menos años para obtener su pensión de vejez

iii. Se debe precisar que, las madres y/o padres cabeza de familia vinculados en provisionalidad no les otorga mejor derecho ante las personas que logran aprobar un concurso de méritos quedando en listas de elegibles.

No obstante, las entidades deberán crear acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los

últimos en ser retirados.

La entidad deberá ofertar todos los empleos que se encuentren vacantes ocupados por personas nombradas en provisionalidad salvo aquellos que se encuentren ocupados por personas que acrediten la condición de prepensionados para lo que la entidad deberá esperar hasta que estos obtengan el derecho a la pensión.

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 [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Lo anterior 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. Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Ley 790 de 2002 "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 Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subseccion "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 0270-09. Del 30 de junio de 2011.

³ 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.

⁴ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T 1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

⁵ Sentencia de Unificación SU446/11 M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Decreto 1415 de 2015 "Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados"

⁷ Decerto 1083 de 2015 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

⁸ Ley 1955 de 2019 Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

⁹ Decreto 430 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública."

Fecha y hora de creación: 2024-10-08 20:12:25