



Función Pública

Concepto 309801 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000309801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000309801

Fecha: 31/08/2021 09:52:24 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleado Provisional. Retén Social. Radicado: 20219000584422 del 18 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de que a un empleado que ha prestado sus servicios por 10 años en una entidad territorial, nombrado en provisionalidad en el empleo Técnico Operativo en la Secretaría de Planeación, por concurso de méritos que se encuentra adelantando ante la Comisión Nacional del Servicio Civil si no queda entre los primeros puestos de la lista de elegibles lo puedan reubicar, toda vez que padece de una enfermedad llamada artrosis reumatoidea y es cabeza de familia, me permito indicarle lo siguiente:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTICULO 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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

(Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el Artículo 53 de la Constitución Política.

La Ley 909 de 2004¹, por su parte, modificada por la Ley 1960 de 2019², en cuanto a los concursos, dispone:

“ARTÍCULO 29. El Artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 29. 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.

(...)

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 de texto).

Al respecto, es importante abordar reiteradas jurisprudencias³ proferidas por la Corte Constitucional en la cual se ha pronunciado sobre la garantía al derecho de participación de todas aquellas personas que se postulan para concursar por mérito la titularidad de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la administración pública, considerando lo siguiente: *“No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.”* (subrayado fuera del texto original)

A partir de la normativa y jurisprudencia expuesta, el concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público de carrera administrativa. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma, de manera que, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que resulte en el primer puesto de la lista de elegibles adquiera el derecho a ocupar el cargo, para que una vez superado el periodo de prueba por seis (6) meses sea inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Así entonces, es necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante nombramiento provisional que deseen acceder a un empleo público de carrera administrativa en propiedad participen en los concursos de méritos abiertos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio

Civil, toda vez que en virtud del principio de meritocracia, podrán participar 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.

Ahora bien, en relación con el nombramiento provisional efectuado en empleos de carrera administrativa que presentan vacancia definitiva, el Artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015⁴, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

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. (...) (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la normativa citada en precedencia, se tiene que los empleados de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arrojó el concurso respectivo, mientras se surte este proceso de selección, el empleo vacante de carrera definitivo deberá proveerse transitoriamente a través de las figuras de encargo o como para el presente asunto, mediante nombramiento provisional.

En este sentido, abordando su consulta en concreto, y teniendo en cuenta que el empleo que presenta vacancia definitiva se encuentra provisto mediante nombramiento provisional, frente a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015⁵, dispuso:

“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”.

A su vez, en la materia, la Corte Constitucional mediante sentencia⁶ consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto". (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En consecuencia, es procedente que dentro de una entidad territorial se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, independientemente del tiempo de servicio, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón atinente al servicio que está prestando el servidor.

Ahora bien, con respecto a la figura de retención social de los empleados nombrados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa, es pertinente abordar la Ley 790 de 2002⁷, que consagra 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.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).”

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, dispone lo siguiente frente a los destinatarios de la protección especial contemplada en la ley citada de precedencia, así como lo referente al orden para la provisión de empleos de carrera respectivamente, a saber:

“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.”

“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: (...)

Parágrafo 2°. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

-

2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

-

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical". (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

De la normativa transcrita, se tiene entonces que la ley ha dispuesto para aquellos empleados públicos que se encuentren en situación de protección especial un amparo especial, no siendo absoluto, toda vez que se dará su aplicación en la medida que, para efectos de acceder al beneficio, el servidor público demuestre su condición, y la entidad, verifique la misma.

Estas condiciones dispuestas en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, se entiende que es para aquel empleado público en debilidad manifiesta por acreditar ser madre o padre 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, se encuentra direccionada para aquellas entidades que se encuentren en desarrollo de reestructuración o liquidación, procesos en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, debiendo 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.

Es importante advertir que la protección especial del Retén Social se aplica a todos los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano, a las entidades en liquidación o reestructuración.

Bajo ese entendido, y conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del Artículo 2.2.5.3.2, una vez se conozca la lista de elegibles de los que han superado el concurso de méritos con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, y el cargo del empleado nombrado en provisionalidad tenga que ser provisto definitivamente, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirarlo del servicio, se tendrá que tener en cuenta el orden de protección, situándose en el primer y segundo numeral la condición que usted relaciona en su consulta.

No obstante, es pertinente advertir que la norma condiciona dicha protección a que la lista de elegibles cuente con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, si es lo contrario el empleado nombrado en provisionalidad será declarado insubsistente.

Para dar claridad a su situación en concreto, es pertinente traer a su conocimiento sentencia⁸ de tutela proferida por la Corte Constitucional en la cual se consideró lo siguiente en lo que respecta a la figura de retén social, a saber:

"El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa."

A su vez, la misma corporación, esta vez frente a la estabilidad laboral que se deriva del "retén social" consideró mediante sentencia⁹ que cuenta con las siguientes restricciones, a saber:

“(i) Por una parte, los servidores públicos que se encuentran cobijados por la garantía de estabilidad laboral como consecuencia del denominado “retén social” pueden ser desvinculados siempre que exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; y

(ii) Por otra parte, la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos derivada del “retén social” se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección.

En consecuencia, ha dicho la Corte, “la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo”. De esta manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el “retén social” y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público. (...)

50. No obstante, la Corte Constitucional también ha reconocido que la protección especial derivada del “retén social” “sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla”. Por ende, es indispensable tener en cuenta las limitaciones propias de los procesos de reestructuración, fusión o liquidación de entidades y se deben ponderar los principios constitucionales de la función administrativa con la especial protección de la que son titulares los servidores públicos beneficiarios del “retén social”. (Negrilla original, Subrayado fuera del texto original)

Así, de conformidad a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional y normativa expuesta, para el presente asunto, es importante tener claro las restricciones con que cuenta la figura del “retén social”, puesto que en los términos de esta alta corporación, esta figura no puede entenderse a manera de la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que constitucionalmente debe armonizarse con los principios de la función administrativa que justifican como en este caso, la provisión de un empleo denominado de carrera administrativa por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso de méritos.

Es así que, y para dar respuesta a su consulta en concreto, la norma contempla la posibilidad de aplicar la estabilidad laboral reforzada para aquellos empleados que ocupen en provisionalidad empleos de carrera administrativa, en la medida de que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan otorgarla, esto es, que dicho concurso cuente con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, caso en el cual la administración podrá reubicarlos en otro empleo, en caso de que no se cumpla con este presupuesto, en mérito de lo expuesto por la Corte, el empleado provisional deberá ser retirado del servicio, toda vez que se debe proteger el derecho al trabajo a quienes superaron concurso de méritos.

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 <http://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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*
2. *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*
3. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, 17 de febrero de 1999, Sentencia T-089/99, [MP Jose Gregorio Hernandez Galindo]
4. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*
5. *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*
6. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]
7. *"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"*
8. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 10 de abril de 2012, Referencia: expediente T-3.706.556, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
9. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 05 de marzo de 2018, Referencia: Expediente T-6.351.900., Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:16:18