



**Función Pública**

## Concepto 64511 de 2017 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20176000064511\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20176000064511

Fecha: 13/03/2017 12:25:41 p.m.

Referencia. RETEN SOCIAL. A empleado provisional que tiene la calidad de prepensionado para reportar dicho cargo ante la OPEC. Radicado: 20179000035052 del 2 de febrero de 2017

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con la obligatoriedad de reportar un cargo a la OPEC para convocatoria a un concurso público, teniendo en cuenta que el mismo es ocupado por un empleado provisional que tiene la calidad de prepensionado, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador por resolución motivada podrá darlos por terminados; no obstante, esta Dirección ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando el acto que lo desvincula sea motivado a efectos de ejercer su derecho de contradicción.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-007 de 2008, señaló:

*"4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.*

*4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:*

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, 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). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo (...). (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia [C-901](#) de 2008, sostuvo:

*“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.*

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

*En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad”. (Subrayado fuera de texto).*

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideró:

*“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.*

(...)

*En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.*

(...)

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".

Es de anotar que en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002<sup>1</sup> y el Decreto 190 de 2003<sup>2</sup> han previsto el denominado "reten social", figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional razón por la cual, no es aplicable al caso materia de consulta.

Así mismo, es pertinente indicarle que si bien, el Decreto 3905 del 8 de octubre de 2009<sup>3</sup> establecía que los cargos ocupados por empleados provisionales sólo debían ser ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, una vez el empleado causara su derecho pensional y cumpliera con los siguientes requisitos, a saber: 1.- Que estuviera vinculado con la Administración antes del 24 de septiembre de 2004 y 2.- Que cumpliera con la totalidad de los requisitos dentro de los 3 años o menos contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, entendiéndose máximo hasta el 8 de octubre de 2012.

Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, y dado que la norma sólo protegió a los empleados provisionales con calidad de prepensionados en los términos antes descritos, no resulta procedente que la entidad omita reportarlo a la Oferta Pública de Empleos dentro de un concurso de méritos. Así mismo, esta Dirección Jurídica considera que en el evento, que el empleado provisional al que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios), no se presente o no supere el concurso de méritos referido, deberá ceder la plaza ante quien ocupe el primer lugar en la lista de elegibles; por cuanto, como lo señaló el Consejo de Estado la situación especial de indefensión no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

No obstante, le corresponderá a cada entidad verificar cada caso en particular a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado que está próximo a cumplir los requisitos exigidos para adquirir el derecho a pensión de vejez.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor 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 el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

600.4.8

---

Fecha y hora de creación: 2025-01-04 23:44:50