



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: 20192320604581

Fecha: 03-10-2019

Página 1 de 6

Bogotá, D.C

Señor (a)  
**ANÓNIMO**

Respetado(a) señor(a):

La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC recibió la petición No. 201909050098 a través de la cual manifiesta:

*"[...] le informó que el manual de funciones no está acorde con la función del servidor público por eso la equivalencia y la meritocracia para este concurso no es transparente solicito sea suspendido el concurso por falta de garantías y por ir en contra de la ley ya que la administración de Santiago de Cali y el área de desarrollo administrativo de la de la alcaldía de Santiago de Cali hicieron caso omiso y silencio administrativo. segundo la administración municipal de Santiago de Cali y el área V desarrollo administrativo de la alcaldía de Cali no tuvo en cuenta las solicitudes y peticiones comprobadas de los servidores públicos que tenían derecho al retén social cómo lo ampara la ley e hicieron silencio administrativo y no contestaron entorpeciendo el proceso de ley o el debido proceso [...]"*

Al respecto es importante precisar que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, creada por la Constitución Política y conformada por la Ley 909 de 2004, es un organismo autónomo de carácter permanente del nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

En virtud de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y las sentencias C-1230 de 2005 y C-175 de 2006, la CNSC tiene a su cargo ejercer funciones como máximo organismo en la administración y vigilancia del sistema general de carrera y de los sistemas especiales y específicos de origen legal; razón por la cual **adelanta los concursos públicos de mérito para proveer los empleos de carrera administrativa de las entidades públicas que se encuentran bajo el régimen previsto en la citada Ley 909 de 2004.**

Así las cosas, esta Comisión Nacional desde el primer trimestre del año 2017, adelantó conjuntamente con alcaldías, gobernación, entidades municipales y departamentales del Valle del Cauca, la etapa de planeación del concurso, con el fin de proveer por mérito los empleos de carrera vacantes de las entidades en mención, y en consecuencia, procedió a expedir los Acuerdos que regulan las reglas del concurso del Proceso de Selección 437 de 2017 – Valle del Cauca.

Conforme a lo anterior, se aclarar que la CNSC adelanta los Procesos de Selección de acuerdo a la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC- reportada por las entidades, la cual es fiel copia del manual de funciones y competencias laborales vigente y conforme a lo establecido el Artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, estos son responsabilidad de cada entidad.

En virtud de lo expuesto, esta Comisión Nacional no es competente, para dirimir conflictos que se deriven de la adopción de los Manuales de Funciones y Competencias Laborales que adopten las entidades.

Ahora bien, en relación a su solicitud se informa que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que contempló el denominado “*retén social*”, tuvo su origen en el proceso de renovación de la Administración Pública, adelantado por el Gobierno de la época y, en consecuencia, sólo resulta aplicable cuando la desvinculación del servidor ocurre en el marco de un proceso de reestructuración o supresión de una autoridad administrativa; es así como, la Corte Constitucional ha señalado que no debe confundirse el *retén social* derivado de los procesos de modernización del Estado, de la *estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional*, como son los prepensionados, las madres cabeza de familia y las personas en condición de discapacidad, lo cual no proviene de la Ley 790 de 2002, sino directamente de múltiples disposiciones constitucionales<sup>1</sup>.

Así las cosas, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la situación de personas en condición de prepensión y que se encuentren ejerciendo, mediante nombramiento provisional, un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos; enfatizando

---

<sup>1</sup> Al respecto, ver: Corte Constitucional. “(...) *El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública.*” En el mismo sentido, y frente a otros grupos de protección, pueden verse las sentencias C-795de 2009, T-849 de 2010, T-641 de 2005, T-773 de 2005 y SU-388 de 2005.

respecto a la garantía de la estabilidad laboral en favor de la población prepensionada.

Es así, que en sentencia T-595 de 2016 la Corte retomó y reiteró lo resuelto en sentencias T-186 de 2013 y T-326 de 2014 al referirse a la población prepensionada; en esta oportunidad sostuvo que:

***“13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.”***

Ahora bien, frente a la tensión originada por el conflicto entre la protección de una persona en condición de prepensionada y el derecho de otra a acceder a un empleo público por haber superado un concurso de méritos, la Corte indicó que:

***“(…) este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, [la Corte] ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.”***

***“(i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente; y (iii) una decisión de ese carácter se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que se resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.”***



Igualmente, en Sentencia T-373 de 2017, la Corte se refirió a las medidas aplicables tanto a los prepensionados, como a las madres cabeza de familia y discapacitados, así como a la obligación del nominador de efectuar los nombramientos en las listas de elegibles, en los siguientes términos:

*"(...) esta Corte 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 jurídica constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.*

*Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, **han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando**, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010**".*

*En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador **la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso**, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento."*

De lo anterior se colige, que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del prepensionado, madre cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible.

En el contexto de los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados, el párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció una medida afirmativa de protección en eventos como el consultado, de la siguiente manera:



*"[...] 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 pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical. [...]"*

Dicha norma estableció una escala de **sujetos de especial protección bajo el parámetro de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de vacantes a proveer**, escala que debe ser tomada en cuenta por la administración a la hora de realizar un nombramiento en período de prueba, siempre y cuando se configure la situación plasmada en la norma en cita.

De lo anterior, se observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ante un conflicto de derechos entre un provisional que hace parte del Reten Social y un elegible que superó todas las etapas del concurso público de méritos y está a la espera de ser nombrado en período de prueba, ha optado por una postura neutral en el sentido de dejar en manos de la administración las medidas a tomar para garantizar los derechos de ambas partes.

En conclusión, no es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil fijar lineamientos a las entidades públicas frente a la forma de provisión de los empleos cuando un funcionario que se encuentra enmarcado en alguna de las condiciones para pertenecer al Reten y a la fecha ocupa en provisionalidad un cargo que fue ofertado en concurso público de méritos; dado que es la entidad, la llamada a tomar las medidas administrativas necesarias para garantizar tanto el derecho de los elegibles como el provisional, teniendo en cuenta para ello, los lineamientos emitidos por el alto tribunal y los aspectos referidos en la norma citada.

En relación con lo establecido en el artículo 236 de la Ley 1955 de 2019, respecto a las personas en situación de prepensión, se precisa que el artículo en cita, solo es aplicable para los concursos de méritos adelantados con posterioridad al 25 de mayo del presente año, es decir, NO aplica para el Proceso de Selección 437 de 2017 - Valle del Cauca.

Por lo expuesto, es necesario manifestar que no es competencia de la CNSC reglamentar o coadministrar la planta de personal de la entidad, especialmente frente a situaciones de retiro y aplicación de medidas afirmativas de personas sujetas a especial protección constitucional.

En los términos antes expuesto, se responde sus inquietudes.

Cordialmente,



**María Cristina Díaz Anaya**  
Asesora

Despacho Comisionada Luz Amparo Cardoso Canizalez

Proyectó: Herika Nathalie Mejía Moran - Abogada Convocatoria   
Revisó: Claudia M. Prieto - Gerente de Convocatoria 