



Concepto 074731 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000074731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000074731

Fecha: 08/02/2024 08:27:55 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad Laboral Reforzada Empleado de Libre Nombramiento y Remoción pre pensionado o con derecho a pensión. RADICACIÓN: 20242060003172 del 03 de enero de 2024.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta: *Teniendo en cuenta los aspectos que se estiman relevantes y puestos de presente en el acápite inmediatamente anterior, se consulta: 1. ¿Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción pueden gozar de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual condición de prepensionado? 2. ¿Un empleado público de libre nombramiento y remoción inscrito en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del Sistema Pensional con más de 62 años y con más de 1.150 semanas cotizadas puede ser beneficiario de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual de condición de prepensionado? 3. ¿Un empleado público de libre nombramiento y remoción inscrito en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del Sistema Pensional con más de 62 años y con más de 1.300 semanas cotizadas que se encuentra discutiendo ante la Jurisdicción Ordinaria en sus Especialidades Laboral y de la Seguridad la ineficacia del traslado efectuado a dicho régimen y a fin de consolidar su derecho pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, puede ser beneficiario de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual de condición de prepensionado.*

Sobre el particular, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, establece:

“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.

De acuerdo a lo establecido en la Constitución Política los servidores públicos que presten sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

A su turno, la Ley 909 de 2004¹ dispone:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera

administrativa, con excepción de:

Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a). Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices

(...)” (Destacado nuestro)

Dicho lo anterior, la Ley 1474 de 2011² establece:

“ARTÍCULO 8. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el Artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción. (...) (Destacado Nuestro)

“ARTÍCULO 9. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. Modifíquese el Artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

(...)

Como puede observarse, según el Artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 los jefes de las Unidades de las Oficinas de Control Interno o quienes hagan sus veces, deberán ser nombrados por el Presidente de la República en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, siendo su naturaleza la de empleos de libre nombramiento y remoción por expresa disposición legal.

Lo anterior, en concordancia con lo establecido en el numeral 13 de la Constitución Política que en su artículo 189 dispone:

ARTÍCULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes.

En ese sentido los empleos de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los empleos de carrera administrativa, y podrán ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.

Es así como, la citada Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a). Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado.

En relación con el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia número 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, magistrado ponente Luis Rafael Vergara Quintero, afirma que:

“En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio”.

Por su parte, y en mención a la Sentencia referida en su consulta, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «B», consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicado No. 050012333000201200285-01 (3685-2013) del 29 de febrero de 2016, sostuvo:

“a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”², buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionerario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos fácticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En relación con el tema de los Prepensionados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 29 de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente No. 050012333000201200285-01, señaló:

“Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

“4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3 y 4 del Artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a

pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública”

(...)

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

(...)

a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre

pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su Artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión. (Resaltado fuera de texto)

(...)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Teniendo en cuenta los elementos constitucionales, legales y jurisprudenciales señalados, tenemos en relación con sus interrogantes:

¿Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción pueden gozar de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual condición de prepensionado?

De acuerdo con la normatividad transcrita, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción NO gozan de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual condición de prepensionado, en consecuencia es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción.

¿Un empleado público de libre nombramiento y remoción inscrito en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del Sistema Pensional con más de 62 años y con más de 1.150 semanas cotizadas puede ser beneficiario de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual de condición de prepensionado?

Un empleado público de libre nombramiento y remoción inscrito en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del Sistema Pensional con más de 62 años y con más de 1.150 semanas cotizadas NO es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada basada en la eventual de condición de prepensionado, precisamente por ser de libre nombramiento y remoción.

¿Un empleado público de libre nombramiento y remoción inscrito en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del Sistema Pensional con más de 62 años y con más de 1.300 semanas cotizadas que se encuentra discutiendo ante la Jurisdicción Ordinaria en sus Especialidades Laboral y de la Seguridad la ineficacia del traslado efectuado a dicho régimen y a fin de consolidar su derecho pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, puede ser beneficiario de estabilidad laboral reforzada basada en la eventual de condición de prepensionado?

Un empleado público de libre nombramiento y remoción inscrito en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del Sistema Pensional con más de 62 años y con más de 1.300 semanas cotizadas que se encuentra discutiendo ante la Jurisdicción Ordinaria en sus Especialidades Laboral y de la Seguridad la ineficacia del traslado efectuado a dicho régimen y a fin de consolidar su derecho pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, NO tiene el beneficio de la estabilidad laboral reforzada basada en la condición de prepensionado.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Vivian Parra

Reviso: Maia Borja

116028.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Fecha y hora de creación: 2024-10-25 18:47:55