



**Función Pública**

## Concepto 344531 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000344531\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000344531

Fecha: 18/09/2021 03:30:02 p.m.

REFERENCIA: ESTABILIDAD REFORZADA. Prepensionado ¿Es viable que una Empresa Social del Estado retire del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción que tiene calidad de prepensionado para nombrar a otra persona en su lugar? RADICACIÓN. 20212060598732 del 27 de agosto de 2021.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es viable cambiar a un empleado de libre nombramiento y remoción que desempeña el cargo de subgerente administrativo y financiero del Hospital Santa Lucía del municipio de Fredonia – Antioquia, teniendo en cuenta su calidad de prepensionado.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es necesario indicar que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por lo anterior, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni pronunciarnos sobre los trámites que se deben adelantar al interior de las entidades con relación a la administración del personal, así como tampoco somos competentes para indicar cómo deben proyectarse los actos administrativos de las entidades, por ser esto de su plena competencia.

No obstante, nos referiremos de manera general sobre el tema de su consulta, como se precisa a continuación:

Para responder esta inquietud debo indicar inicialmente que, la Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el Artículo 125, dispone:

«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. [...]

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. (...)». (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden 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 razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Por su parte, la 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», establece:

*«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». [Resaltado nuestro]*

A su vez, el Decreto 190 de 2003, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002», determina:

*«ARTÍCULO 12. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres 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 1º del presente decreto».*

Conforme a la normativa indicada, en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 han previsto la figura del «reten social» la cual, se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional.

La 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 2o. 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. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Sobre 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». (Subrayado fuera de texto)*

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”<sup>2</sup>, 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.*

*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 facticos 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». (Subrayado y negrita fuera del 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, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Ahora bien, partiendo del supuesto que con la expresión “cambiar” utilizada en su consulta se refiere a la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, esta Dirección Jurídica concluye que:

La ley ha definido que la calidad de prepensionado se adquiere y 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.

De igual modo, la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 han previsto que la figura del «reten social», para las madres o padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad y/o prepensionados, sólo es aplicable dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional y territorial y en ese sentido, no resulta procedente aplicarlo en el caso de su consulta.

En cuanto al retiro del servicio de los empleados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, se precisa que la declaratoria de insubsistencia de los mismos, obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción con la calidad de prepensionado, en armonía con las disposiciones previstas en el Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que le corresponde a cada administración evaluar cada caso en particular, realizando un ejercicio de ponderación, a efectos de evitar vulnerar los derechos de quienes están próximos a cumplir los requisitos exigidos para adquirir el derecho a la pensión de vejez, deberá ser el Hospital el que determine la procedencia del retiro del servicio del subgerente administrativo y financiero con calidad de prepensionado.

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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:02