



Función Pública

Concepto 359141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000359141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000359141

Fecha: 30/09/2021 10:21:18 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Prepensionado. Empleado de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20219000615832 del 08 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la aplicabilidad del concepto emitido por esta Dirección Jurídica, con número de radicado de salida [20206000092431](#) del 05 de marzo de 2020, para un empleado que cuenta con 1250 semanas cotizadas a Colpensiones y tiene 61 años de edad, o debe contar con algún tipo de respaldo político para acceder a ello, y hasta qué punto la advertencia del Asesor Jurídico y del Gerente tiene validez y pueda perder este derecho adquirido, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es pertinente indicar que, de conformidad con lo dispuesto 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, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en 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.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante, de forma general, el concepto al cual hace referencia en su consulta se concluyó lo siguiente, a saber:

"1. Ley [790](#) de 2002 y el Decreto [190](#) de 2003 han previsto 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.

2. En cuanto a la aplicación del retén social a los empleados que ocupan empleos 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, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³.

Por lo tanto, 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.” (Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, la figura de retén social solo es aplicable dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública tanto del orden nacional como territorial, y en aquellos casos en donde el empleado sea titular de un empleo de libre nombramiento y remoción, por la naturaleza jurídica de estos empleos, la facultad discrecional del nominador se encuentra limitada a la previa observancia y ponderación de los derechos del empleado para evitar su lesividad por la decisión de retirarlo del servicio encontrándose en alguna de las situaciones que dispone la ley para ser acreedor de este beneficio.

Sin embargo, es preciso reiterar que estos empleos cuentan con una estabilidad precaria, toda vez que por ser cargos que requieren de confianza por parte del nominador, este último podrá decidir sobre el retiro del servicio de empleados de libre nombramiento y remoción cuando esta obedece al cumplimiento de los fines del Estado, al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia¹ se pronunció en los siguientes términos, a saber:

“6. Síntesis de la decisión

67. La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

68. Adicionalmente, considera la Sala Plena que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, es importante traer nuevamente a su conocimiento, sentencia² proferida por el Consejo de Estado, sobre la protección de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar su estatus pensional, aplicable tanto para los empleados provisionales como a los empleados de libre nombramiento y remoción, frente a cualquier escenario que materialice una causal objetiva del retiro del servicio, que consideró:

“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 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.” (Subrayado fuera del texto original)

1. En consecuencia, y para dar repuesta a su tema objeto de consulta de forma general, se tiene que la figura de “retén social” dispuesta en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, es aplicable solo dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden territorial que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, toda vez que por sus altas responsabilidades y confianza que requiere por parte del nominador, exige la discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

La Sala Plena de la Corte Constitucional entonces, concluye que en el evento que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que el empleado de libre nombramiento sea beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, puesto que en esos casos, no se encuentra sujeto el derecho a su pensión a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Así entonces, el empleado de libre nombramiento y remoción quien para la fecha de su retiro del servicio ya tenga consolidado el derecho a su pensión, no se encuentra inmerso dentro del status de “pre pensionado”, haciéndolo acreedor de otro tipo de garantía para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, consagrada en la Ley 797 de 2003, sin embargo para el presente caso, es importante reiterar que la figura de “reten social”, es predicable dentro del ámbito de la renovación o reestructura de la administración, cuya garantía no deviene de algún tipo de respaldo político, sino que la situación del empleado se encuentre en sujeción a lo que dispone la ley para ser acreedor de esta.

2. Es así que, aunque por la naturaleza jurídica de los empleos de libre nombramiento y remoción la discrecionalidad sea una facultad imperante para la estabilidad de quienes son sus titulares, la administración deberá tener en cuenta que la Constitución los exhorta a la protección especial de quienes están próximos a pensionarse, haciendo necesario que el nominador realice previo a decidir sobre el retiro del servicio de un empleado, en este caso de libre nombramiento, una ponderación entre los derechos fundamentales del empleado prepensionado, al mínimo vital, igualdad y seguridad social, frente a la satisfacción del interés general del buen servicio público; y así pueda tomar la decisión más adecuada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, sobre las decisiones discrecionales.

Para más 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: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional, Sala Plena, 08 de febrero de 2018, Sentencia SU003/18, Referencia: T- 5.712.990, Consejero Ponente: Carlos Bernal Pulido.

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 29 de febrero de 2016, Radicado No. 050012333000201200285-01 (3685-2013), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:55:43