



Función Pública

Concepto 372091 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000372091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000372091

Fecha: 11/10/2021 03:18:17 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Empleado de libre nombramiento y remoción. RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. PRESTACIONES SOCIALES. Incapacidad superior a 180 días. Radicado: 20219000615952 del 8 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

“Teniendo en cuenta la incapacidad que presenta un Secretario de Despacho desde el mes de Octubre de 2020, a raíz de contagio por covid 19, el cual ha dejado múltiples secuelas de salud en el mencionado y ante la imposibilidad de nombrar un nuevo secretario de Despacho. ¿Que tramite debe adelantar la administración Municipal de (...) para un nuevo nombramiento?

Es de anotar que el funcionario cumplió incapacidad de 180 días por la EPS, actualmente la tiene a través de un fondo de pensiones privado, el funcionario supera los 65 años de edad, con tiempo laboral de más de 40 años de servicio, cumpliendo con las exigencias de tiempo de servicio y edad para pensionarse o jubilarse y ante la negativa de hacerlo por parte de funcionario, ¿qué procedimiento debe entablar la Administración Municipal para retirarlo del cargo o declararlo insubsistente, sin que se acarree faltas normativas?. Actualmente la Secretaria de Planeación, se encuentra encargada a través de otro Secretario de Despacho, quien esta aportas de vencerse el tiempo de encargo autorizado, según normatividad vigente que regula la materia y al no existir más funcionarios con el perfil para suplir esta vacancia” (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo 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 tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación; sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, y en respuesta a su comunicación, nos referiremos con relación a la normativa vigente en materia de retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, edad de retiro forzoso, incapacidad superior a 180 días y requisitos de solicitud para pensión de vejez, en el siguiente sentido:

La Ley 909 de 2004 con relación al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, establece:

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;

(...)

e. Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

(...)

g) Por edad de retiro forzoso;

PARÁGRAFO 2. (...)

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Cabe precisar que la declaratoria de insubsistencia para los empleados de libre nombramiento y remoción es una causal independiente al retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez y de la edad de retiro forzoso.

En este orden de ideas, la Ley 797 de 2003, «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales», frente al retiro por pensión de vejez, menciona:

ARTÍCULO 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. [...]

Conforme a la normativa anterior, cuando el empleado hubiere cumplido con los requisitos para adquirir la pensión de vejez, esto es: haber cumplido 57 años (mujer) y 62 años (hombre) y hubiere cotizado mínimo 1300 semanas a partir del 2015 debe iniciar los trámites tendientes al reconocimiento de la misma. Si no lo hiciere, corresponde a la entidad dentro de los 30 días siguientes contado a partir del cumplimiento de los requisitos para pensionarse, solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante la correspondiente Administradora de Pensiones en nombre del empleado. En todo caso, la terminación del nombramiento procede una vez se reconozca la pensión de vejez y se notifique su inclusión en nómina, esto último, en virtud del fallo de la Corte Constitucional, sentencia [C-1037](#) de 2003.

Ahora bien, en lo que respecta a la edad de retiro forzoso, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto, solicitado por este Departamento Administrativo, emitido el 8 de febrero de 2017, radicado número [2326](#), se pronunció sobre la procedencia de continuar ejerciendo funciones a pesar de haber cumplido con la edad de 65 años con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley [1821](#) de 2016, anotando:

Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

Podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos.

Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley [1821](#) de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos.

En consecuencia, quienes hubieran cumplido 65 años con anterioridad al 30 de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigencia de la Ley [1821](#), y aún continúen en ejercicio de sus funciones, por necesidad del servicio o su retiro no se haya efectuado por algún motivo, no pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad razón por la cual, la administración debe proceder a su retiro.

De otra parte, en cuanto procedimiento para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción por estar en incapacidad superior a 180 días, le remito copia del Concepto número [20156000198921](#) del 27 de noviembre de 2015 por medio del cual esta Dirección Jurídica se refirió al respecto, concluyendo:

[...] Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones de este Departamento Administrativo y del Ministerio de la Protección Social, tenemos:

1. Una vez el empleado supera el término de ciento ochenta días de incapacidad, resulta obligatorio continuar con el reconocimiento de aportes a la seguridad social y de prestaciones sociales del empleado; excepto para las vacaciones, las cuales expresamente en el artículo 22 del Decreto 1045 de 1978, excluyen a la incapacidad que exceda de ciento ochenta días.
2. Respecto del reconocimiento de elementos salariales, no habrá lugar a los mismos, ni se ha de tener en cuenta este tiempo como tiempo de servicio, puesto que el empleado no realiza la prestación del servicio.
3. Resulta viable que la entidad solicite previamente a la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social correspondiente, el permiso para que autorice el despido con los soportes documentales que justifiquen el mismo.

Finalmente, frente a la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción, en vacancia temporal, la normativa vigente, es la siguiente:

El Decreto Ley [2400](#) de 1968, «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones», en su artículo 18, dispone:

ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo.

De igual manera, el Decreto [1083](#) de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, menciona:

ARTÍCULO 2.2.5.9.9 Término del encargo en un empleo de libre nombramiento y remoción. Cuando se trata de vacancia temporal de un empleo de libre nombramiento y remoción, el encargado de otro empleo sólo podrá desempeñarlo durante el término de ésta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.

De lo anterior puede concluirse que la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado, es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo, para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente.

Por su parte, la Ley [909](#) de 2004, «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», refiere:

ARTÍCULO 24. Encargo. [...]

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Conforme a la normativa en cita, ante la vacancia temporal o definitiva en los empleos de libre nombramiento y remoción, los mismos pueden proveerse mediante encargo con empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción a juicio del nominador, siempre y cuando cumplan con el perfil y los requisitos para su desempeño.

De igual forma, le corresponde al jefe de talento humano, o a quien haga sus veces, certificar y verificar el cumplimiento de requisitos del aspirante al empleo, tanto de formación académica como de experiencia, exigidos en el manual de funciones y de competencias laborales.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. El cargo de libre nombramiento y remoción, en vacancia temporal motivada en la incapacidad por Covid 19, puede proveerse mediante encargo con empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción siempre y cuando cumplan con el perfil y los requisitos exigidos para el respectivo empleo. Así mismo, es importante precisarle que, conforme a la regulación del encargo, el término de 3 meses sólo procede ante una vacancia definitiva, situación no aplicable al caso consultado.

2. Frente al procedimiento para retirar del servicio al empleado de libre nombramiento y remoción, objeto de consulta, sin acarrear faltas normativas, esta Dirección Jurídica considera que corresponde a la respectiva Administración analizar de acuerdo a la normativa prevista la situación particular, por cuanto, es quien conoce de manera cierta y detallada la situación del personal a su cargo. Lo anterior, por cuanto como se manifestó al inicio de este concepto, pronunciarnos frente a situaciones de tipo individual excede las competencias atribuidas a este Departamento Administrativo en el Decreto 430 de 2016.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 10:25:47