



**Función Pública**

## Concepto 386141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000386141\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000386141

Fecha: 25/10/2021 03:20:12 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Empleado de libre nombramiento y remoción y empleados vinculados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa. Pre pensionados. Radicado: 20219000637722 del 23 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre dar aplicación a los empleados provisionales lo contenido en la Sentencia [SU-003](#) de 2018, que consideró que en el evento que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez de un empleado de libre nombramiento y remoción sea la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de su desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, me permito indicarle lo siguiente:

Previo ahondar en el tema objeto de consulta, es preciso indicar que los empleados nombrados en la administración en nombramiento provisional se diferencian de los titulares de empleos de libre nombramiento y remoción, en los siguientes términos:

La constitución Política dispuso en su artículo [125](#) dispuso que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Esta excepción obedece a que los cargos de libre nombramiento y remoción no cuentan con las mismas prerrogativas que los de carrera administrativa, como es la estabilidad en sus empleos, ya que su permanencia o desvinculación en este es en razón a la discrecionalidad del nominador o empleador y si se produjere su retiro del servicio no tendrá que contener el acto administrativo razones de decisión.

Así lo dispuso la Ley [909](#) de 2004, con respecto al retiro del servicio de los empleados nombrados en un empleo de libre nombramiento y remoción, a saber:

*“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". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De modo que, los empleados cuya vinculación se encuentra en un cargo de libre nombramiento y remoción, pueden ser removidos por voluntad discrecional del nominador u empleador y posteriormente declararse la insubsistencia del nombramiento, por contener el empleo máximo grado de confianza, dirección y manejo.

Por otra parte, frente a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015, dispuso:

*"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados"*.

A su vez, en la materia, la Corte Constitucional mediante sentencia consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

*"En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente."*

(...)

*Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.*

(...)

*En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto".* (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su

prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción, con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan sino por faltas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

Si bien en su consulta no relaciona la causal por la cual será removido el empleado en provisionalidad, es importante reiterar que estos empleados nombrados gozan de una estabilidad laboral relativa, esto quiere decir que solo podrán ser removidos de sus cargos por las causales que se expusieron anteriormente.

Ahora bien, teniendo claro el trato diferencial entre los titulares de empleos de carrera administrativa en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción respecto a su retiro del servicio, la sentencia a la cual usted hace referencia, concluyó con lo siguiente:

*“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)*

En consecuencia, se tiene que la protección especial de quienes están próximos a pensionarse por regla general, no es aplicable para los empleados públicos titulares de empleos de libre nombramiento y remoción, 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.

El Consejo de Estado entonces, concluye que en el evento que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de la edad para un empleado de libre nombramiento y remoción, 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 pre pensionable, 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 y solo le faltare el requisito de edad, no se encuentra inmerso dentro del estatus 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.

Entretanto, frente a los empleados en provisionalidad en calidad de pre pensionados, es preciso abordar las consideraciones expuestas mediante sentencia por la Corte Constitucional, en la cual se pronunció con lo siguiente:

*“92. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:*

*d) La estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse es un mecanismo de origen constitucional, distinto del retén social que garantiza la protección de los derechos fundamentales de aquellos funcionarios nombrados en propiedad o provisionalidad, que fueron desvinculados de su lugar de trabajo faltándoles 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional y sin que existiese justa causa que amerite tal desvinculación. En este orden de ideas, procede la protección del mínimo vital, a través del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse, a fin de que sean reingresados a su ocupación hasta que se les reconozca y pague su mesada pensional. Contrario a ello, quien solo cumpla con uno de los requisitos en ese lapso de tiempo no podrá ser considerado como pre pensionado. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad.*

*e) La Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos, de manera que en aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público pre pensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros." (Subrayado fuera del texto original)*

1. En consecuencia y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, la sentencia Sentencia SU-003 de 2018, hace referencia a la estabilidad laboral reforzada para los empleados titulares de empleos de libre nombramiento y remoción, en donde no se garantizará en el momento que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de la edad, dado que no debe acreditar el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización que exija a la administración que permanezca en el servicio y no pueda materializar la facultad discrecional del nominador.

Entretanto, para los empleados en provisionalidad, la estabilidad laboral reforzada deviene de la protección del mínimo vital, a través del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada a quienes se encuentran próximos a pensionarse, cuyo retiro se produce sin que existan justas causas para su retiro y su fin es que sean reingresados a sus funciones hasta que se le reconozca y pague su mesada pensional, contrario para aquellos que cumplan con uno de los requisitos en ese lapso de tiempo, ya sea el de edad o semanas cotizadas, lo cual no los hace acreedores de la calidad de pre pensionados.

Finalmente, 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. *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*
2. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*
3. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, [SU-917](#) de 2010, [ MP Jorge Iván Palacio Palacio]
4. Corte Constitucional, Sala Plena, 08 de febrero de 2018, Sentencia SU003/18, Referencia: T- 5.712.990, Consejero Ponente: Carlos Bernal Pulido.
5. Corte Constitucional, Sala tercera de Revisión, 31 de octubre de 2016, Referencia: Expedientes T- 5.556.251, T - 5.633.567, T - 5.647.394 y T - 5.637.118, Consejero Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:28:34*