



Función Pública

Concepto 202371 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000202371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000202371

Fecha: 21/09/2016 02:48:10 p.m.

Bogotá D. C.,

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad laboral del empleado de libre nombramiento y remoción. Protección del Retén Social.
RADICACION: 20169000215772 del 10 de Agosto de 2016.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

“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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

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 de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y 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.

Las causales de retiro se encuentran establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, dentro de las cuales están consagradas: la renuncia regularmente aceptada, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, que es discrecional, y el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, entre otras.

2.- Con respecto a la protección especial denominada “Retén social” para empleados de libre nombramiento y remoción de 56 años, le manifiesto lo siguiente:

La Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, por la cual se expidieron disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgaron unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, tenía por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos.

Es importante tener en cuenta que la rama ejecutiva del orden nacional se encuentra integrada por los organismos y entidades enumerados en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

La misma ley consagró unos beneficios en favor de ciertos grupos considerados como vulnerables y con una menor probabilidad de incorporarse nuevamente a la vida laboral. Esa protección especial es la que se conoce como Retén social, y se encuentra consagrada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. <El aparte subrayado fue declarado CONDICIONALMENTE exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044-04 de 27 de enero de 2004, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, '... en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen 'Apartes en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>. 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.”

“ARTÍCULO 13. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1° de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.”

A su vez, el Decreto 190 de 2003, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, dispuso:

“ARTÍCULO 1°. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

(...)

1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez.

En Ley 790 de 2002 y sus decretos reglamentarios, se establecieron las bases de estabilidad y protección para las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores próximos a disfrutar de la pensión de

jubilación o de vejez, así como un reconocimiento económico para los funcionarios de libre nombramiento y remoción diferentes al nivel directivo y los provisionales en cargos de carrera administrativa que ocupen empleos en entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, siempre y cuando el retiro se vaya a producir dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Ahora bien, la protección conferida por la Ley 790 fue modificada por la Ley 812 de 2003. En efecto, el artículo 8º, literal D, de la Ley 812 de 2003 dispuso expresamente que los beneficios otorgados por la Ley 790 de 2002 se aplicaran a los servidores del Estado retirados del servicio a partir del 1º de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004. No obstante, en relación con las personas próximas a pensionarse, la misma norma ordenó que la garantía debiera respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

“Art. 8º Literal D. Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-991 de 2004 declaró la inexecutable del límite temporal establecido en la Ley 812 de 2003, por considerar, en primer lugar, que constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002; así como violatorio del principio de igualdad, pues para la protección a las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal.

Con la modificación hecha por la Ley 812 de 2003, el retén social se desvinculó del plan de renovación previsto en la Ley 790 de 2002, para convertirse en régimen obligatorio en el proceso de renovación administrativa fijado por el Plan Nacional de Desarrollo, por lo menos hasta la fecha de vigencia de ese plan, que es 24 de julio de 2007, fecha en la cual entró a regir la nueva ley del Plan, es decir, la Ley 1151 de 2007.

De acuerdo al caso consultado, en criterio de esta Dirección la protección de retén social sólo cobija a los empleados de las entidades estatales que se encuentren en proceso de reestructuración, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, o liquidación, siempre y cuando se reglamente dentro de la entidad la aplicación de este beneficio; así lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-187 de 2010:

“...De las especiales características que le asisten a la accionante no se puede inferir que se le haya ocasionado un perjuicio irremediable por las siguientes razones:

“...”

(ii) De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el reten social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedece a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que la accionante para la fecha del retiro tiene laborados y cotizados más de 26 años y cuenta con la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada.

“...”

“... debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción, por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado.”

De acuerdo con lo anterior, las personas que ocupen empleos de libre nombramiento y remoción a quienes les falten tres (3) años para pensionarse, en entidades que no se encuentran en procesos de reestructuración o rediseño institucional, no tienen un fuero especial de

inamovilidad que impida que le sea aceptada la renuncia o su nombramiento sea declarado insubsistente.

Finalmente, me permito indicarle que 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.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

R. González

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2024-12-27 10:09:51