



Función Pública

Concepto 550531 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000550531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000550531

Fecha: 11/11/2020 04:13:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Cumplimiento de requisitos PENSION DE JUBILACIÓN - RETIRO DEL SERVICIO - EDAD DE RETIRO FORZOSO. RAD N° 20209000500562 del 16 de octubre de 2020.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta lo siguiente:

- 1. ¿Es factible que la administración pueda hacer uso de la causal de retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o de vejez del literal e) del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así como del procedimiento señalado en el parágrafo 3 del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, respecto a aquellos funcionarios de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción a los cuales por parte de la entidad prestacional ya se les haya hecho el reconocimiento de su pensión?*
- 2. ¿Puede la administración solicitar a los funcionarios que ya hayan cumplido sus requisitos de edad y tiempo de servicios que adelanten su trámite de reconocimiento de pensión de jubilación o por vejez?*
- 3. Frente a los funcionarios de libre nombramiento o remoción y de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial vigente, ¿existe una protección especial que le imposibilite a la administración hacer uso de la facultad discrecional de nombrar o remover libremente a esta clase de funcionarios y que la obligue a mantenerlos en estos cargos hasta que cumplan ciertas condiciones?*
- 4. ¿Es posible aplicar a los servidores públicos afiliados al Régimen de Ahorro Individual los mismos criterios indicados en la sentencia T-055 de 2020, como parámetro para su inclusión o no dentro del grupo de prepensionados?*
- 5. Un funcionario de libre nombramiento y remoción que está afiliado a un fondo privado y que de acuerdo con la información que reposa en su hoja de vida ya pueda acceder a una pensión mínima por tener más de 1150 de semanas cotizadas y además cuenta con la edad que le permite acceder, ¿puede ser desvinculado del servicio con fundamento en la facultad discrecional o necesariamente la administración tendría que esperar hasta el servidor se le haya reconocido dicha pensión para retirarlo del servicio por la causal de retiro por pensión?*
- 6. ¿Es necesario que el funcionario de carrera administrativa manifieste que se acoge a la edad de retiro por pensión a la edad de setenta años y*

qué sucede en el evento de que no haya efectuado dicha manifestación, podría la administración iniciar el trámite de pensión de oficio?

7. En el evento de que un funcionario de libre nombramiento y remoción que viene afiliado a un fondo de ahorro privado y manifieste que el monto de la pensión no le alcanza para solventar sus gastos de acuerdo con su condición y calidad de vida, ¿puede permanecer en dicho cargo hasta que él así lo decida o la administración puede hacer uso de la facultad discrecional para removerlo de dicho cargo?

8. ¿Existe alguna protección especial para permanecer en un cargo de libre nombramiento y remoción por el hecho de pertenecer a una etnia indígena, pese a que ya le fue reconocida su pensión en el régimen de ahorro individual, quien aduce se le debe respetar su condición toda vez que buscan la nulidad de su traslado al fondo privado y por lo tanto el Ministerio debe garantizarle la continuidad de las gestiones, toda vez que de aceptar la pensión del fondo se afectaría su derecho a un mínimo vital?

9. ¿Cuáles son los mecanismos de protección especial que se han previsto para los funcionarios que se encuentran dentro del grupo de prepensión en los términos previstos en la Ley 2040 de 2020?

De lo anterior me permito contestar sus inquietudes de la siguiente manera:

1. ¿Es factible que la administración pueda hacer uso de la causal de retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o de vejez del literal e) del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así como del procedimiento señalado en el parágrafo 3 del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, respecto a aquellos funcionarios de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción a los cuales por parte de la entidad prestacional ya se les haya hecho el reconocimiento de su pensión?

R/

A su vez, el Decreto 1083 de 2015, señala sobre el retiro por pensión lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.4 Retiro por pensión. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el Parágrafo 3° del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión.

El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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 éste 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.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, para quienes hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que voluntariamente manifiesten su decisión de permanecer en sus cargos hasta que cumplan la edad de retiro forzoso. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la citada ley, les asiste la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social integral y no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003.”

De lo dispuesto en el inciso 5° de la norma citada anteriormente, el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003¹, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 90. El Artículo 3323 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33.24 Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

Parágrafo 3o. 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.” (Subrayado fuera de texto)

La norma establece que el empleado que ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma para percibir su pensión tendrá que solicitar su reconocimiento, no obstante, si transcurridos treinta (30) días después de este hecho el trabajador no la solicita, el empleador podrá solicitarla en nombre de aquel ante la correspondiente administradora de pensiones.

Dando contestación a su consulta, hasta tanto el empleado público no se encuentre pensionado e incluido en nómina de pensionados, no se podrá retirar y se deberá seguir realizando las cotizaciones al sistema de seguridad social en los porcentajes que determina la ley.

1. ¿Puede la administración solicitar a los funcionarios que ya hayan cumplido sus requisitos de edad y tiempo de servicios que adelanten su trámite de reconocimiento de pensión de jubilación o por vejez?

R/

La norma no señala que la administración pueda solicitar a los empleados públicos que adelanten el trámite para reconocimiento de la pensión, lo que si señala la disposición que si Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos y no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

2. Frente a los funcionarios de libre nombramiento o remoción y de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial vigente, ¿existe una protección especial que le imposibilite a la administración hacer uso de la facultad discrecional de nombrar o remover libremente a esta clase de funcionarios y que la obligue a mantenerlos en estos cargos hasta que cumplan ciertas condiciones?

R/

Es así como, 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).

De acuerdo con la anterior norma, 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.

En ese sentido, es procedente señalar que 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.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, afirmó:

"La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario"

La misma Corporación en sentencia con Radicado No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

"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".

De acuerdo con lo anterior, se considera facultativo por parte de la administración el retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, y de conformidad con lo indicado por el Consejo de Estado, la única finalidad deberá ser siempre el mejoramiento del servicio,

En cuanto a los derechos y garantías de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, la norma es clara en señalar en cuanto a su retiro del servicio es discrecionalidad del nominador su permanencia en el empleo.

1. ¿Es posible aplicar a los servidores públicos afiliados al Régimen de Ahorro Individual los mismos criterios indicados en la sentencia T-055 de 2020, como parámetro para su inclusión o no dentro del grupo de prepensionados?

R/

Frente a las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le

competente formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, no es de nuestra competencia pronunciarnos al respecto por lo que esta dirección jurídica remitirá dicha consulta al Ministerio de Trabajo para que se pronuncie al respecto.

2. Un funcionario de libre nombramiento y remoción que está afiliado a un fondo privado y que de acuerdo con la información que reposa en su hoja de vida ya pueda acceder a una pensión mínima por tener más de 1150 de semanas cotizadas y además cuenta con la edad que le permite acceder, ¿puede ser desvinculado del servicio con fundamento en la facultad discrecional o necesariamente la administración tendría que esperar hasta el servidor se le haya reconocido dicha pensión para retirarlo del servicio por la causal de retiro por pensión?

R/

Como bien se explicó en la pregunta 3, por la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción, estos no gozan de una protección, ya que son empleos con poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, por ser de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.

3. ¿Es necesario que el funcionario de carrera administrativa manifieste que se acoge a la edad de retiro por pensión a la edad de setenta años y qué sucede en el evento de que no haya efectuado dicha manifestación, podría la administración iniciar el trámite de pensión de oficio?

la Ley 1821 de 2016, la cual señala:

«ARTÍCULO 1. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el Artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968.”

Ahora bien, de lo previsto en el Artículo 2 de la mencionada Ley 1821 de 2016, se colige que quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, en consecuencia, a las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, si cumplidos los requisitos para adquirir la pensión de jubilación y no cuenta con los 70 de edad, el empleado público podrá permanecer en el servicio, siempre y cuando informe a la entidad su voluntad de continuar ejerciendo sus funciones, so pena de retirarlo del servicio.

1. En el evento de que un funcionario de libre nombramiento y remoción que viene afiliado a un fondo de ahorro privado y manifieste que el monto de la pensión no le alcanza para solventar sus gastos de acuerdo con su condición y calidad de vida, ¿puede permanecer en dicho cargo hasta que él así lo decida o la administración puede hacer uso de la facultad discrecional para removerlo de dicho cargo?

R/ Esta pregunta ya fue contestada con la pregunta 3 y 5

2. ¿Existe alguna protección especial para permanecer en un cargo de libre nombramiento y remoción por el hecho de pertenecer a una etnia indígena, pese a que ya le fue reconocida su pensión en el régimen de ahorro individual, quien aduce se le debe respetar su condición toda vez que buscan la nulidad de su traslado al fondo privado y por lo tanto el Ministerio debe garantizarle la continuidad de las gestiones, toda vez que de aceptar la pensión del fondo se afectaría su derecho a un mínimo vital?

R/

En cuanto a las competencias del decreto 430 de 2016 otorgadas a este Departamento Administrativo, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre casos de forma particular es menester de las entidades resolver las situaciones de manera individual.

3. ¿Cuáles son los mecanismos de protección especial que se han previsto para los funcionarios que se encuentran dentro del grupo de

preensión en los términos previstos en la Ley 2040 de 2020?

R/

La ley 2040 de 2020 dispone:

“ARTÍCULO 8º, Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de l especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al l beneficio pensional.”

Por otro lado, la ley 1955 de 2019, dispuso:

ARTÍCULO 263º. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO (...)

PARÁGRAFO SEGUNDO. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Con fundamento en lo expuesto, la ley ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección, como es el caso de los servidores que tienen la calidad de pre pensionados, es decir, que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios), no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida en que para efectos de acceder al beneficio, el servidor público debe demostrar tal condición, y la entidad, deberá verificar que así sea.

Igualmente, como lo establece la ley 1955 de 2019, esta norma retoma las disposiciones anteriores, pero realiza unos condicionamientos en cuanto a que los empleados deben ser vinculados con nombramiento en provisionalidad antes de diciembre de 2018 y que a los mismo les debe faltar 3 años o menos para causar el derecho pensional, esto con el fin de que empleo sea ofertado una vez el empleado cumpla su derecho pensional.

En consecuencia, una de las medidas de protección que trae la nueva disposición es que el empleado público debe tener un nombramiento en provisionalidad o temporal, este último no estaba consagrado en la ley 1955 de 2019.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"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"*

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:37:26