



Concepto 386381 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000386381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000386381

Fecha: 25/10/2021 04:32:55 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Empleado de periodo fijo. Prepensionado. Radicado: 20219000638952 del 23 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de garantizar la figura de prepensionado a quien se encuentra como titular del empleo de jefe de control interno en una Empresa de Servicios Públicos de una entidad territorial, toda vez que le faltan 3 años para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, o por el contrario puede darse por finalizado el periodo dispuesto para el cargo en el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante mencionar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los Jueces de la República.

No obstante, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta, en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante indicarle que mediante acuerdo 019 de 1997 de noviembre 30 de 1997, la naturaleza jurídica de la Empresa de Servicios Públicos de Chiquinquirá se transformó a Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, en tal sentido, para la designación de los Jefes de Control Interno de los organismos del orden territorial según lo dispone la Ley 1474 de 2011, que modificó el texto del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, será así:

"ARTÍCULO 8. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento

y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

(...)."

(Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, sobre esta designación, dispuso:

"ARTÍCULO 2.2.21.4.1 Designación de responsable del control interno. Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la Rama Ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este empleado será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

El nombramiento de estos servidores deberá efectuarse teniendo en cuenta el principio del mérito, sin perjuicio de la facultad discrecional de la que gozan las autoridades territoriales."

A partir de lo anteriormente expuesto, el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, modificó la forma de elección del jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces, quien deberá ser nombrado por el Presidente de la República en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional en un empleo de libre nombramiento y remoción o por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, alcalde o gobernador, en un empleo de periodo fijo por cuatro (4) años.

Esta disposición entonces, determinó que el empleo de jefe de control interno en la Rama Ejecutiva del nivel nacional continúa siendo empleo de libre nombramiento y remoción, pero para el nivel territorial dispuso que se clasifica como empleo de periodo de cuatro años, nombramiento que deberá efectuarse teniendo en cuenta el principio del mérito, sin desconocimiento de la facultad discrecional de la que gozan las autoridades territoriales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el empleo que usted relaciona en su consulta hace parte de una entidad territorial, considerado como de periodo fijo, es preciso abordar sentencia proferida por el Consejo de Estado, a saber:

"(...) El empleo de período supone un tiempo para su ejercicio, sin que pueda ser despojado su titular del término fijado por la ley, sino cuando operan causales expresamente fijadas por el ordenamiento jurídico, que normalmente deviene de sanciones judiciales o administrativas. Tienen una estabilidad relativa que deriva del derecho de permanecer por un tiempo, razón por la cual ocupan una posición intermedia entre los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción. Existe una garantía institucional en favor de este tipo de empleos inspirada en la necesidad de asegurar la continuidad de la política pública, la ejecución de los planes y programas, el modelo de gestión adoptado y los fines comprometidos con las responsabilidades asumidas." (Subrayado fuera del texto original)

En el mismo sentido, por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia consideró sobre el límite temporal dispuesto para los empleos de periodo fijo en los siguientes términos:

"(...) En tercer lugar, se encuentran los empleos de período fijo, quienes se hallan delimitados temporalmente por el término en que se haya concebido la labor, de manera que el funcionario puede ser retirado del cargo al momento en que se cumpla el plazo establecido para estos efectos. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se puede identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional, Magistrados, contralores departamentales y municipales, personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que uno de los propósitos del carácter delimitado en el tiempo se debe a que "[E]l período fijo, se explica más en virtud del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia, que en gracia de asegurar al respectivo funcionario, un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos" (Subrayado fuera del texto original)

De los apartes jurisprudenciales que se han dejado expuestos, los jefes de Control Interno en las entidades territoriales están dispuestos como empleos de periodo fijo, esto quiere decir que el término de duración por el cual permanecerán en estos empleos los servidores titulares se encontrará fijado por la ley, como para el presente caso, el término de cuatro años establecido en el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011. Es importante tener en cuenta que de estos empleos se deriva una estabilidad en el empleo relativa, toda vez que cumplido su término los servidores deberán separarse inmediatamente del cargo.

Esta garantía como bien lo consideran estas Altas Cortes, deviene de una garantía institucional para asegurar la continuidad de la política pública, la ejecución de los planes y programas, el modelo de gestión adoptado y los fines comprometidos con las responsabilidades asumidas en virtud de los principios de eficacia y eficiencia que erigen de la función pública, por tanto, este empleo de Jefe de Control Interno se encuentra delimitado por el término de cuatro años, el cual será designado en la mitad del respectivo periodo del alcalde o gobernador.

Teniendo clara la naturaleza jurídica de los empleos de periodo fijo, para el caso en concreto quien ejerce como titular el empleo de jefe de control interno en una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, es importante abordar sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional, en la cual expuso con lo siguiente la garantía de estabilidad laboral reforzada en estos empleos, a saber:

"La estabilidad laboral reforzada en el ejercicio de la función pública

De igual manera, se encuentran los empleos con periodo fijo que se caracterizan por estar delimitados temporalmente por el término establecido en la Constitución, la ley o el reglamento. De esta forma, el funcionario puede ser retirado del cargo en el momento en que se cumpla el plazo fijado. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se pueden identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Registrador Nacional del Estado Civil, a los Magistrados de altas cortes, a los contralores departamentales y municipales y a los personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el periodo fijo se explica en virtud: "(...) del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia," que aseguran al funcionario "(...) un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos"

(...)

22. En suma, las formas de vinculación de las personas con la administración pueden darse por concurso de méritos, libre nombramiento y remoción, por periodo fijo o temporal. En el caso de los cargos con periodo fijo, el funcionario ejerce el cargo en un lapso delimitado en la Constitución, la Ley o el reglamento, por lo que puede ser retirado del mismo en el momento en el que se cumpla el plazo establecido para tal efecto.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la aplicación de la garantía de la estabilidad laboral reforzada en cargos con periodo fijo

24. La aplicación de la garantía de la estabilidad laboral reforzada en cargos de periodo fijo ha sido estudiada por la jurisprudencia de la Corte en varios pronunciamientos en los que ha precisado que dicha prerrogativa no es predictable cuando se trata de funcionarios en cargos con períodos fijos si se pretende su aplicación por fuera de esos lapsos. En la Sentencia T-277 de 2012 la Corte analizó el caso del gerente de una empresa industrial y comercial del Estado que se encontraba en situación de discapacidad y se produjo su desvinculación al cumplirse su periodo fijo de 2 años. En aquella oportunidad, este Tribunal estableció que no se produjo un trato discriminatorio en contra del accionante relacionado con su

estado de salud, sino que la terminación de su relación laboral se produjo por el vencimiento del plazo previsto en los estatutos para su duración.

En la Sentencia T-834 de 2012, la Corte analizó el caso de una mujer que fungía como personera municipal y que formuló acción de tutela contra el Concejo porque al culminar su periodo institucional se encontraba en embarazo y no fue elegida nuevamente por esa Corporación para ocupar el mencionado cargo. Al respecto dijo que en ese caso el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se configuraba porque, si bien era una servidora pública, i) fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, que ii) solo puede ser alterado por el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y que iii) obedece a una lógica asociada a la materialización del principio democrático. Además, porque la peticionaria iv) no fue despedida, pues su desvinculación obedeció al transcurso del tiempo, lo cual v) impide inferir que haya sido víctima de un trato discriminatorio y vi) descarta que pudiera abrigar una expectativa legítima sobre una eventual renovación de su periodo, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital.

(...)

En suma, cuando la desvinculación del servicio del Estado se produce por el vencimiento del periodo establecido en la ley para su ejercicio, dicha protección no se configura, puesto que la cesación de la función pública operó con ocasión de una causal objetiva, con lo cual se evita la generación de consecuencias inconstitucionales derivadas de la vinculación perpetua del funcionario con la administración, situación que estaría en abierta contradicción con el artículo 125 Superior y con los principios que orientan el ejercicio de la función pública.” (Subrayado fuera del texto original)

A partir del aparte jurisprudencial transrito, es importante mencionar que la figura de “retén social” dispuesta en la ley 790 de 2002, es aplicable solo dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública, en tal sentido la figura que vendría aplicarse en su tema objeto de consulta es de estabilidad laboral reforzada, la cual como bien consideró la Corte Constitucional, para los empleos de periodo fijo por encontrarse delimitados por el término dispuesto en la Constitución, la ley o el reglamento no es de su aplicación, toda vez que el servidor titular de un empleo de esta naturaleza en el momento en que se cumpla el plazo fijado podrá ser retirado del servicio.

En este contexto, en el evento que se cumpla el periodo fijado de 4 años dispuesto para quien funge como jefe de control interno en una entidad territorial, se producirá una desinvestidura automática que lo obliga a separarse inmediatamente del cargo. La Corte entonces, expone varios pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se estudió la separación del cargo de forma inmediata para empleados de periodo fijo que se encontraban en alguna situación especial que los hicieran acreedores de la garantía de estabilidad laboral reforzada por ser madre o padre cabeza de familia, contar con una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, tener la condición de empleado amparado con f uero sindical, o como para su caso, ostentar la condición de prepensionado; concluyendo que no es predicable cuando se trata de empleos que se encuentran delimitados en el tiempo.

Lo anterior teniendo en cuenta que, el retiro del servicio de quienes se encuentran como titulares de estos empleos se produce por materializarse una causal objetiva, toda vez que se cumple el periodo fijado en la Constitución, la Ley o el reglamento, sin que pueda llegar a considerarse que se produjo como producto de una situación diferente que pueda llevarlo a la subjetividad.

1. Así entonces, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que no es procedente que, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado de una entidad territorial, se garantice la estabilidad laboral reforzada para quien se encuentra como titular del empleo de jefe de control interno por faltarle 3 años para obtener su derecho a pensión de vejez, toda vez que su naturaleza de periodo fijo, producirá el retiro del servicio del servidor en los términos dispuestos en la Ley 1474 de 2011, esto es de 4 años.

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 dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*

2. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*

3. Consejo de Estado, Sección Quinta, 14 de mayo de 2020, Radicación: 11001032400020150054200, Consejero Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra.

4. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 16 de diciembre de 2015, Referencia: Expediente T-4260336, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 22 de enero de 2019, Referencia: Expediente T-6.937.173, Consejero Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

6. *"Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República."*

7. Decreto 1083 de 2015, Artículo 2.2.5.3.2, Parágrafo 2º.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:23:03