Función Pública

Concepto 168381 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000168381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000168381

Fecha: 05/05/2022 07:10:29 p.m.

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Prepensionados. RETIRO DEL SERVICIO - Empleados Provisionales. RAD. 20222060161532 del 11 de abril de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por la Comisión Nacional del Servicio civil â¿¿ CNSC mediante la cual consulta: *"(...) LA PETICIONARIA SOLICITA A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIBANÁ LO SIGUIENTE: PETICIÓN 1. SE OFICIE AL SERVICIO CIVIL O A QUIEN CORRESPONDA, PARA QUE SE ME RESPETE EL DERECHO PREPENSIONAL Y COMO CONSECUENCIA SE ME PERMITA SEGUIR LABORANDO EN EL CARGO QUE VENGO DESEMPEÑANDO EN PROVISIONALIDAD. 2. LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL IGUALMENTE EFECTUÉ LAS DILIGENCIAS PERTINENTES PARA QUE EN EL EVENTO QUE SE NOMBRE Y POSESIONE AL GANADOR DEL CONCURSO EN EL CARGO QUE VENGO DESEMPEÑANDO, SEA NOMBRADA EN UN CARGO IGUAL O SIMILAR AL QUE VENGO DESEMPEÑANDO, HASTA TANTO SE ME RECONOZCA LA PENSIÓN Y SE ME INCORPORE EN NOMINA DE PENSIONADOS DEL FONDO PRIVADO DE PENSIONES (PORVENIR) (...)"*

Nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete 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, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada por usted, nos permitimos informarle que referente al tema el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 29 de febrero de 2016. Expediente No. 05001233300020120028 5-01, número interno 3685-2013, en relación con los prepensionados de libre nombramiento y remoción, señaló:

"(...) *Así pues, tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales (T-729 de 2010) con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:*

(...) *4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3 y 4 del Artículo 13 superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social.*

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social â¿¿los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacionalâ¿¿; determinó que su finalidad es la de â¿¿garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los

servidores públicos próximos a pensionarseâ¿¿ (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...) En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C 991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública (...)"

(...)Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los â¿¿prepensionadosâ¿¿ no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, â¿¿opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo públicoâ¿¿; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

(...) a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

(...) c. La protección especial en razón a la condición de sujeto â¿¿pre pensionadoâ¿¿, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su Artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión (...)" (Subraya propia).

De conformidad con lo anterior, la condición de prepensionado se adquiere y resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

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 /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: Carolina Rivera Daza

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 06:59:15