



Concepto 368581 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000368581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000368581

Fecha: 05/10/2022 07:55:32 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso. Radicado: 20222060448862 del 1 de septiembre de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

1.- *¿Pueden funcionarios de nivel profesional, técnico y asistencial de libre nombramiento y remoción vincularse a un sindicato, que adicional no es solo de la entidad sino de varias entidades?*

2.- *¿Frente a los funcionarios que ya tienen el tiempo y la edad de retiro, la entidad debe permitir que continúen hasta el retiro forzoso a los 70 años, sean del sindicato o no?*

3.- *Ante un rediseño institucional en el que los empleos de nivel profesional de libre nombramiento y remoción se convertirán en empleos de carrera, pero están provistos por empleados vinculados al sindicato, ¿qué se debe hacer? ¿se debe mantener la vinculación?*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley 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.

ARTÍCULO 2. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. 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. 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 parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. (Destacado nuestro)

Esta ley amplía de 65 a 70 años la edad máxima para retirarse del servicio a quienes desempeñan funciones públicas, con la obligación de continuar contribuyendo al régimen de seguridad social, salud, pensión y riesgos laborales, aun cuando cuenten con los requisitos, en edad y tiempo de servicios, para obtener la pensión de jubilación.

Ahora bien, sobre la validez de otorgarle falso sindical a un empleado de libre nombramiento y remoción (LNR), el Código Sustantivo del Trabajo (CST) establece:

ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;
- b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;
- c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;
- d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores.

PARAGRAFO 1. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

PARAGRAFO 2. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE y aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-201/ 2002 del 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería) (Destacado nuestro).

Acorde con lo anterior, para que un empleado de LNR se encuentre amparado por el fuero sindical se requiere además de cumplir con las condiciones del artículo 406 del CST, que el empleado no ejerza jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración y que este afiliado al sindicato.

De cumplir con los requisitos antes descritos, se precisa lo siguiente: El fuero sindical es una protección especial de la que gozan ciertos trabajadores y que impide que éstos sean despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el Juez de Trabajo, según lo establece el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo (CST):

ARTICULO 405. DEFINICION. Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Por disposición expresa del parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 584 de 2000, la protección derivada del fuero sindical se hizo extensiva a los servidores públicos, en las mismas condiciones previstas para trabajadores particulares, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

No obstante, lo anterior, es importante hacer alusión al marco normativo referente a la declaratoria de insubsistencia de los empleados de LNR:

La Constitución Política de Colombia, artículo 125, 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.

La Ley 909 de 2004 permite la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción de manera discrecional mediante acto no motivado (artículo 41, parágrafo 2º). Es importante precisar que 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. A esta decisión ha de llegar cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad tal como lo precisa el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos.

En consecuencia, 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. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegar cuando la autoridad nominadora se ha

persuadido de su conveniencia y oportunidad.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

¿Pueden funcionarios de nivel profesional, técnico y asistencial de libre nombramiento y remoción vincularse a un sindicato, que adicional no es solo de la entidad sino de varias entidades?

R/ Este interrogante se remitió por competencia al Ministerio del Trabajo tal como se le informó mediante radicado número 20226000335031 del 8 de septiembre de 2022.

¿Frente a los funcionarios que ya tienen el tiempo y la edad de retiro, la entidad debe permitir que continúen hasta el retiro forzoso a los 70 años, sean del sindicato o no?

R/ Los empleados públicos, independientemente si pertenecen o no a una organización sindical, pueden continuar laborando hasta los 70 años aun cuando hubieran cumplido con los requisitos en edad y tiempo de servicio para adquirir la pensión de jubilación, siempre y cuando cumplan con tres condiciones, a saber: (i) a 30 de diciembre de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, (2) no se les haya reconocido la pensión de jubilación y (3) manifiesten por escrito su querer de continuar en el servicio.

Ante un rediseño institucional en el que los empleos de nivel profesional de libre nombramiento y remoción se convertirán en empleos de carrera, pero están provistos por empleados vinculados al sindicato, ¿qué se debe hacer? ¿se debe mantener la vinculación?

R/ Los empleados públicos de LNR pueden ostentar la garantía de fuero sindical siempre y cuando el cargo que ejerce no implique el ejercicio de autoridad civil, política o cargos de dirección o administración conforme a lo previsto en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994. De cumplir con las condiciones para tener este derecho, recuerde que no es absoluto, en tanto la Administración puede solicitar levantamiento del mismo, previa autorización del juez de trabajo, para proceder a efectuar el retiro en cumplimiento de las garantías de asociación y libertad sindical dispuestas en el artículo 405 del CST. Lo anterior, salvo que el mismo empleado de LNR presente renuncia voluntaria a su empleo y opte por la vinculación como provisional en el empleo de carrera.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo â€“ Ley 1437 de 2011.

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 botón web Gestor Normativo puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maia Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«Por la cual se expedien normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»

Sección Segunda, Radicado núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. Consejero Ponente: Tarcisio Cáceres Toro, Sección Segunda, Radicado núm. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda - Subsección "A", Radicado núm. 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07) del 8 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:27:32