



Concepto 070111 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000070111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000070111

Fecha: 06/02/2024 05:16:39 p.m.

Bogotá D.C

Referencia: RETÉN SOCIAL. Destinatarios. Radicado. 20249000018522 del 10 de enero de 2024.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta lo siguiente:

"la figura de retén social en calidad de prepensionados ampara a los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción???"

Se da respuesta en los siguientes términos.

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normativa vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir, ni resolver las situaciones particulares de las entidades, dicha potestad corresponde a la entidad, quien será la que finalmente adoptará las decisiones pertinentes para el funcionamiento de su entidad, en consecuencia, solo se dará información con base en la norma aplicable al tema de consulta, que permita a la administración tomar una determinación para los casos concretos.

Con el fin de dar respuesta a su escrito, se considera tener presente si la entidad se encuentra en proceso de reestructuración administrativa, evento en el cual, la Ley 790 de 2002, 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, consagra:

"Artículo 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. 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 declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).

Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que la persona que tiene la calidad de prepensionado; es decir, al que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios) no podrá ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Adicionalmente, debe tener en cuenta la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, contemplada en el Decreto 1083 de 2015², establece:

"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1 del presente decreto."

Conforme a la normativa anterior, en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, la ley ha otorgado un amparo especial a favor de los empleados públicos que se encuentren en situación de especial protección; 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.

De acreditarse cualquiera de las condiciones descriptas en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta entiéndase madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Ahora bien, frente a la protección especial para los empleados públicos próximos a pensionarse, la Corte Constitucional, en sentencia T-009 del 17 de enero de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo:

“...La Sala considera que la incorporación del retén social al plan de renovación de la Ley 812 hace inaplicable el término de vigencia conferido por la Ley 790 de 2002, por lo menos en lo que hace referencia a la fecha a partir de la cual debe empezar a contarse el periodo de protección de 3 años. No obstante, ese lapso abstracto dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a pensionarse, como condición para recibir los beneficios del retén social - los 3 años- debe conservarse, pues constituye el término que a ojos del legislador define a quien está próximo a pensionarse.

En conclusión, el legislador estableció en 3 años como el lapso dentro del cual una persona puede considerarse próxima a pensionarse. Con ello consagró un plan de transición por dicho lapso. Este término debe ser respetado por la Corte. Lo que fue modificado, gracias a la vigencia de la Ley 812, es la fecha, el momento histórico, a partir del cual deben contabilizarse esos 3 años.

Ello porque el hecho de que el término de 3 años se cuente a partir de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 es una condición claramente modificada por el Plan Nacional de Desarrollo -812 de 2003-, pues ésta última prolongó la vigencia del retén social a todo el plan de renovación de la administración pública, no ya al que fue objeto de regulación transitoria por parte de la Ley 790. (...)

Esto incluye, como ha quedado claro, la protección a las personas próximas a pensionarse. De conformidad con lo dicho, la Sala entiende que, para efectos de la aplicación de las normas correspondientes, se entiende que una persona próxima a pensionarse es aquella a la que le faltaren menos de 3 años para adquirir el derecho a pensionarse. Los 3 años deben empezar a contarse a partir de la fecha de reestructuración de la entidad, siempre y cuando la misma se haya reestructurado dentro del programa de renovación de la administración pública. (...)" (Negrita y subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se infiere que la protección especial del Retén Social, se aplica a todos los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano, a las entidades en liquidación o reestructuración; en el caso de los prepensionados, el requisito es que falten 3 años o menos para adquirir el derecho a pensionarse, de manera que, la persona que ya cumpla con los requisitos (edad y tiempo de servicios) no cuenta con la protección anotada, en la medida que ya tiene derecho a disfrutar de la pensión.

Ahora bien, debe tener en cuenta que, los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, 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 razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Ahora bien, debe tener en cuenta que 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, la Ley 909 de 2004³, 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 2. 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).

Conforme a lo anterior, 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.

La Sentencia SU-003 de 2018, de la Corte Constitucional - Acción de tutela instaurada por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga. Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido del 8 de febrero de 2018, dicha corporación concluye lo siguiente:

“ Síntesis de la decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de "dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices", de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción." De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia expuesta, esta Dirección Jurídica considera que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

En consecuencia y dando respuesta a su consulta, se indica que corresponderá a la facultad discrecional del Director de la entidad o quien haga sus veces determinar la permanencia del funcionario, sin que se evidencie a la luz de la normativa aplicable que goce de estabilidad laboral reforzada por la situación narrada en su comunicación, se reitera que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia, es decir, en el caso narrado en su comunicación, la entidad hará un ejercicio de ponderación de derechos, sin que pueda hablarse de reten social para los empleados objeto de consulta.

Finalmente, se indica 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero. Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero. Aprobó: Armando López Cortés. .

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

3"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

Fecha y hora de creación: 2026-01-09 23:33:29