



Función Pública

Concepto 297601 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000297601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000297601

Fecha: 17/07/2023 12:05:41 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: Tema: RETIRO DEL SERVICIO

Subtemas: Estabilidad Laboral Reforzada

Radicado: 20239000624532 de fecha 15 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual plantea el interrogante sobre:

"Mi nombre es Francisco Javier Acevedo. Fui vinculado a la entidad Universidad Industrial de Santander en febrero 16 de 2016 en el cargo Jefe de Control Interno y Evaluación de Gestión, cargo de Libre Nombramiento y Remoción. Previo a ello, estaba vinculado en cargo de Carrera Administrativa en: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, desde febrero 3 de 2014 y tuve que renunciar al cargo por solicitud expresa del nuevo rector de la Universidad para tomar el nuevo cargo.

Me fue solicitada la renuncia el 15 de julio de 2022 y me nombraron en el cargo Jefe de Presupuesto, a partir del 18 de julio de 2022, cargo también de LNR, pero con una disminución salarial superior al 20 % respecto del cargo anterior. Me fue solicitada la renuncia a este último cargo a finales de mayo, y se hizo efectiva el 31 de mayo de 2023, sustentada en que ya estaba cerca de cumplir los 59 años, los cuales cumplo el próximo 6 de octubre (Fecha de nacimiento: 6 Oct /1964) y eso me daba derecho a retén social o pre pensionado. Desde esa fecha, estoy cesante y debo seguir cotizando al sistema de seguridad social hasta que cumpla mi edad de jubilación, es decir los 62 años.

Pregunta: Dadas las circunstancias descritas, hubo vulneración de derechos de parte del representante legal de la Institución de Educación Superior, al no haberme informado previamente de la decisión o existir una causa justa de solicitud de renuncia o algún llamado de atención o falta grave que motivara esa decisión. Puedo instaurar una reclamación a fin de poder ser vinculado nuevamente y cumplir con el tiempo que me resta para alcanzar la edad de pensión (62 años).

Es difícil poder encontrar una vinculación laboral a esta edad, y además, tengo a 2 personas que dependen económicamente de mí: Mi único hijo, de 17 años de edad y mi señora madre, de 89 años, quien está enferma, no puede trabajar y no recibe ningún salario, pensión o beneficio económico, distinto del que yo le puedo ofrecer para su manutención, cuidados de salud, entre otros."

Me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad establecido en el Decreto 430 de 2016^[1] este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas

públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

El presente concepto se enmarca dentro de la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

A efectos de atender los cuestionamientos planteados, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125^[2], dispone:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

(...)” (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son, por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Al respecto, se precisa 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.

Es así como, la Ley 909 de 2004^[3], 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:

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 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 llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de enero de 2006^[4], afirma:

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, 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 del 4 de noviembre de 2008^[5], señala:

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. (Subrayado fuera de texto)

Igualmente, en Sentencia del 8 de mayo de 2008^{[6][7]}, expresa:

Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo.

De otra parte, en Sentencia del 29 de febrero de 2016⁷, sostuvo:

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.

Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice

un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, 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 petitionerario, 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.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos fácticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales. (Negrilla fuera del texto).

Ahora bien, respecto de la estabilidad laboral reforzada para funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Honorable Corte Constitucional mediante en Sentencia de unificación SU003/181, del 8 de febrero de 2018^[8], afirmó;

Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “prepensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del Artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

(...)

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. (Negrilla propia)

De otra parte, es de anotar, que en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002^[9] y el Decreto 190 de 2003¹⁰ han previsto la figura del “reten social” a fin de proteger a las madres y/o padres cabezas de familia, personas en situación de discapacidad y prepensionados,

independiente del nivel a que pertenezcan. No obstante, la figura del retén social como estabilidad laboral reforzada se circunscribe específicamente a los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional razón por la cual, no es aplicable al caso materia de consulta.

Finalmente, respecto de la condición de padre cabeza de familia, en la sentencia T-084 de 2018^[10] precisó:

“(…)

Adicionalmente, es necesario resaltar que existe una regla de interpretación para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran.

Así, por ejemplo, este Tribunal ha determinado que la declaración ante notario acerca de la condición de mujer cabeza de familia, prevista en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es constitutiva de dicha calidad ni es una exigencia probatoria indispensable para acreditarla. En similar sentido, esta Corporación ha señalado que el estado civil es irrelevante al momento de determinar si una mujer tiene la condición de cabeza de familia, pues lo decisivo son las circunstancias materiales.

Por consiguiente, corresponde al operador jurídico en el caso concreto valorar las condiciones de quien alega su condición de mujer cabeza de familia, sin que dicha calidad pueda determinarse exclusivamente por el cumplimiento de alguna formalidad.

En este orden de ideas, conviene resaltar que el análisis probatorio que ha llevado a cabo la Corte Constitucional para establecer que una persona reúne las condiciones necesarias para considerarse madre o padre cabeza de familia de conformidad con el ordenamiento jurídico, se ha fundamentado en distintos medios de convicción, entre los cuales se encuentran con frecuencia las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas. También, se han valorado los certificados de estudios de los hijos a cargo menores de 25 años y la copia del documento de identificación de estos últimos.

Finalmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso, “en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia”.

Esta conclusión se fundamenta, a su turno, en dos razones. Por una parte, en el mandato previsto en el artículo 29 Superior, de conformidad con el cual “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Por otra, en la especial protección constitucional de la cual son titulares las madres y padres cabeza de familia, quienes pueden quedar en situación de vulnerabilidad en caso de perder su empleo. (...)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, se 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.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De igual forma en relación con la condición de padre cabeza de familia, es necesario verificar en cada caso, las circunstancias materiales que configuren dicha condición, con estricta aplicación del debido proceso.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y para dar respuesta puntual a su consulta, se considera que, le corresponde a la administración, en cada caso en particular, evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, de manera tal, que resulte evidente que su decisión estuvo orientada a la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública; igualmente debe realizar un ejercicio de ponderación, con base en los criterios legales y jurisprudenciales citados, a efectos de evitar que con sus determinaciones, se vulneren los derechos de los empleados madres o padres cabezas de familia, en situación de discapacidad o próximos a cumplir los requisitos exigidos para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Gustavo Parra Martínez

Revisó. Maia Borja.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

[2] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia 1991

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

[4] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia radicado número 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, C.P Tarsicio Cáceres Toro

[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia radicado número 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 8 de mayo de 2008, radicado número. 70001-23-31-000-2001-01370-01 (2447-07 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren 7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", radicado número

[7] -01 (3685-2013) del 29 de febrero de 2016 C.P. Gerardo Arenas Monsalve,

[8] Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU003/181, Referencia: T- 5.712.990 del 8 de febrero de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido

[9] 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 10 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002

[10] Corte Constitucional, Sentencia T-084 del 5 de marzo 2018, Referencia: Expediente T-6.351.900, M.P. Gloria Stella

Ortiz Delgado

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 13:59:40