



BOGOTÁ

STJ

Bogotá D C ,

Doctora



Bogotá

ASUNTO Respuesta radicado 2020ER1236 correspondiente al radicado 20204100027811/
Solicitud de concepto jurídico- trabajadores de libre nombramiento y remoción de los cuales se
podría predicar la condición de prepensionable

Respetada Doctora

El Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital -DASCD-, recibió su solicitud del asunto y
procede a atender la consulta

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 580 de 2017 "Por el cual se modifica la estructura
interna del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, se determinan las funciones de
las dependencias y se dictan otras disposiciones", este Departamento no ostenta la competencia
de dirimir controversias ni de declarar derechos, pues, esto le compete a los honorables Jueces de
la República, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador más no de
obligatorio cumplimiento

Una vez revisada, procedemos a dar respuesta al planteamiento realizado por usted, en los
siguientes términos

ENTORNO FÁCTICO

()

La Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU- 003 del 8 de febrero de 2018, a
propósito del tema de protección especial que recae sobre los funcionarios de libre nombramiento
y remoción que están próximos a cumplir los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento y
pago de la pensión de vejez preciso las siguientes reglas

"Síntesis de la decisión

67 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

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co



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

68 **Adicionalmente, considera la Sala Plena que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable**, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez (Subrayado y negrillas por fuera de texto)

Así mismo, el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante concepto 61631 del 28 de febrero de 2019, se pronunció respecto del tema y en esa ocasión señaló lo siguiente

“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

De conformidad con lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia transcritas, la condición de prepensionado se adquiere y 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 ” (Subrayado y negrillas por fuera de texto)

La sentencia transcrita, al definir el alcance de la protección en cabeza de los trabajadores próximos a pensionarse señaló que “cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”, afirmación que necesariamente genera incertidumbre respecto de aquellos funcionarios que siendo de libre nombramiento y remoción, se encuentran afiliados al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto la característica de dicho régimen pensional es que la prestación económica a reconocer, depende necesariamente del capital acumulado, mas no, de las semanas cotizadas

La anterior circunstancia cobra relevancia a la hora de determinar, si con el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración, concretamente en la decisión de declarar la insubsistencia de un funcionario, que se encuentra dentro de los tres (3) años anteriores al cumplimiento de los requisitos para alcanzar el estatus de pensionado, se está afectando algún derecho fundamental en cabeza del funcionario próximo, conforme a la regla establecida en el artículo 44 del CPACA, en los términos que lo señala el Departamento Administrativo de la Función Pública en el concepto arrobado citado ”

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co





PETICIÓN

¿Es posible terminar la vinculación laboral de un funcionario de libre nombramiento, que se encuentra dentro de los tres (3) años anteriores al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con la particularidad que dicho funcionario está afiliado y cotizando en el régimen de ahorro individual con solidaridad?

ENTORNO JURÍDICO

Sentencia C-795 de 2009 de la Corte Constitucional MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva, en el "Proceso de Renovación de la Administración Pública-Límite temporal para la supresión de cargos y terminación de relaciones laborales no vulnera la Constitución/Liquidación de Entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional- Supresión de cargos y terminación de relaciones laborales con sujeción al régimen legal aplicable "

Sentencia SU-003 de 2018 Corte Constitucional, MP Carlos Bernal Pulido sobre Estabilidad Laboral Reforzada de Servidores Públicos que ocupan cargos de Libre Nombramiento y Remoción

Artículo 64 de la Ley 100 de 1993 *"Requisitos para obtener la pensión de Vejez Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar*

*Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, **mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria**, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre" (Negrilla fuera de texto)*

Artículo 5 de la Ley 909 de 2004 *"Clasificación de los empleos Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de*

1 Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación

2 Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios

" a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

()

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co



()

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así

()

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial

Presidente, Director o Gerente, ()

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado,

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006 Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales,

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006 Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera ”

Artículo 41 De la ley 909 de 2004 “**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, ()”

ARTÍCULO 23. “Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley ”

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co



ANÁLISIS JURÍDICO

La norma general señala que la condición de prepensionado se adquiere y 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

En este orden de ideas, sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido, y el jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección

Resulta entonces importante precisar que le corresponde a cada entidad verificar cada caso en particular a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado que está próximo a cumplir los requisitos exigidos para adquirir su pensión de vejez

Sobre el tema consultado es necesario acudir a la naturaleza del empleo de libre nombramiento y remoción, pues para ellos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.

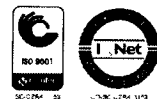
La sentencia de Unificación citada señala entre otros aspectos, lo siguiente

"56 Este tipo de empleos, tal como se indicó supra, exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. Por tanto, extender la protección individual de la garantía de estabilidad laboral reforzada a estos servidores supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, la cual se ha considerado ajustada a la Constitución, entre otras, en las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994. En la primera, se señala como razón suficiente para su existencia el que en su ejercicio se exija una confianza plena y total, y que se atribuye su poder de nominación y remoción a servidores que ejercen una función eminentemente política. En la segunda se indica que dicha confianza se refiere a la "inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial, aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata". Son, pues, estos dos criterios, de manera fundamental, los que ha considerado relevantes la jurisprudencia constitucional para justificar la validez constitucional de este tipo de empleos: uno de índole material, en razón a las funciones que desarrollan, y, otro, de índole subjetivo, que da cuenta del alto grado de confianza que exige su ejercicio.

()

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co



"61 Así las cosas, en principio, acreditan la condición de **"prepensionables"** las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (**la edad** y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida **o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad**) y consolidar así su derecho a la pensión " (Negrilla fuera de texto)

RESPUESTA

Los antecedentes expuestos nos dan a conocer el entorno legal del caso objeto de consulta y con fundamento en ellos se considera respecto de los interrogantes planteados, lo siguiente:

La condición de prepensionado se adquiere y 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

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"

La Sentencia SU-003 de 2018 Corte Constitucional, respecto de los servidores de libre nombramiento y remoción, señaló

()

Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de prepensión, en la

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co



medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones

En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente ”

En el caso particular consultado, es necesario tener en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 que contempla “*Requisitos para obtener la pensión de Vejez Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar*

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentana, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre”

De lo anterior se colige que, para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual el afiliado debe tener un capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, todas vez que la norma en cita señala que a cualquier edad procedería este derecho a obtener pensión bajo el régimen que se analiza

Ahora bien, IDARTES debe tener claro si el servidor público objeto de consulta cumple con la condición de prepensionado, teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 cita como requisito es el monto del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente

Así las cosas, hemos de concluir que en el caso particular no debe perderse la naturaleza del empleo, libre nombramiento y remoción, con discrecionalidad del nominador, ni la condición del capital para pensionarse bajo el mínimo establecido en la ley 100 de 1993 sin perjuicio de que el afiliado siga cotizando, y que la decisión sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, de conformidad con el artículo 44 de CPACA

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co





Reiteramos la permanente disposición de los servidores del Departamento en brindar la asesoría y acompañamiento en los asuntos de nuestra competencia

“Sea esta la oportunidad para reiterar nuestra invitación a consultar los conceptos más relevantes emitidos por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, en temas de Gestión del Empleo Público y del Talento Humano, entre otros Para el efecto, podrá ingresar a la página. www.serviciocivil.gov.co, con clic en “PAO” y acceder luego, al icono de “CONCEPTOS”

Cordialmente,

GINA PAOLA SILVA VÁSQUEZ

Subdirectora Técnico Jurídico del Servicio Civil Distrital

ACCIÓN	FUNCIONARIO	CARGO	FIRMA	FECHA
Proyectado por	Consuelo Ayde Aguilón Villoria	Profesional Especializado STJ		18/03/2020
Revisado por:				

Declaramos que hemos revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales, y por lo tanto, lo presentamos para firma de la Subdirectora Técnico Jurídico del Servicio Civil Distrital del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital (DASCD).

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental
Tel 3 68 00 38
Codigo Postal 111311
www.serviciocivil.gov.co

