



Departamento Administrativo
de la Función Pública
República de Colombia

Prosperidad
para todos



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20116000105131
Fecha: 27/09/2011 05:15:58 p.m.

Bogotá, D.C.,

Ingeniera
SILVIA JOHANNA CAMARGO GUTIERREZ
Directora INVISBU
Calle 36 No. 15-32 Edificio Colseguros Pisos 3 y 4
Bucaramanga – Santander

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Aplicación del retén social a los empleados de libre nombramiento y remoción. **RAD. 2011- 9917-2.**

Respetada ingeniera, reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

1. 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, señala:

“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.”

La Corte Constitucional sobre la aplicación del retén social a los empleados de libre nombramiento y remoción, mediante Sentencia T-862 de 2009, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, consagró lo siguiente:

“Vale la pena resaltar que en los procesos de renovación de la administración pública, la supresión de un cargo o la terminación de una relación laboral independientemente de la naturaleza del cargo, no se ejerce en uso de la facultad discrecional del nominador, sino que deben tenerse en cuenta los criterios adoptados luego de realizar el estudio técnico que además no puede apartarse de la realidad social y de los principios del Estado Social de Derecho.





En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el reten social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

Así las cosas, en los procesos de reestructuración, aún en los cargos de libre nombramiento y remoción, deberán respetarse los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento."

De conformidad con la jurisprudencia anterior, la intención del legislador consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, es la de proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el reten social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional.

Por lo tanto, esta Dirección considera que la protección laboral establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, denominada "Retén Social", se hace extensiva a los empleados que se encuentran vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción.

2. Respecto a si se puede declarar insubsistente a este empleado teniendo en cuenta que ya radicó la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003, respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión de las entidades del Estado, señala:

"En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- *En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas*



a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte:

"(...)"

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral."

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección, los servidores públicos que cumplan con los requisitos para acceder a su pensión de jubilación no podrán ser retirados del servicio hasta tanto no estén incluidos en nómina de pensionados.

El presente concepto se emite de conformidad con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Pablo Talero/GCJ-601-2011-9917-2