

## **Límites a la Discrecionalidad del Nominador en la Declaratoria de Insubistencia de los Funcionarios que Ocupan Cargos de Libre Nombramiento y Remoción que Gozan del Fuero de Prepensionados <sup>1</sup>**

Wilson David López Ortiz<sup>2</sup>

Valentina López Vásquez <sup>3</sup>

### **Resumen**

La estabilidad laboral reforzada busca garantizar la permanencia en el empleo de ciertos trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta, como los que se encuentran protegidos por el fuero de prepensionados. Sin embargo, para los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción es diferente ya que, por su vínculo con el Estado, son cargos que permiten al nominador la discrecionalidad en su permanencia. El presente trabajo analiza los límites de dicha discrecionalidad frente al fuero de estabilidad laboral reforzada para todos los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción que se encuentran aforados por cumplir las condiciones de prepensionados, evaluando jurisprudencia, doctrina y normativa vigente. A través de un análisis crítico, se busca determinar si la protección constitucional de este fuero es compatible con la figura de libre nombramiento y remoción, y en qué circunstancias se justificaría su aplicabilidad.

### **Abstract**

Reinforced job stability aims to ensure continued employment for certain workers in vulnerable conditions, such as those protected by the pre-pension safeguard. However, this protection plays out differently for public officials in positions of free appointment and removal, since their roles allow the appointing authority broad discretion over their tenure. This paper explores the limits of that discretion in the context of reinforced job stability for public servants who, despite being freely appointed

---

<sup>1</sup> Artículo de investigación para la obtención del título de especialistas en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, Colombia.

<sup>2</sup> Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja

<sup>3</sup> Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja

and removable, qualify for protection under the pre-pension status. By examining relevant case law, legal doctrine, and current regulations, the study critically assesses whether the constitutional protection afforded by this safeguard aligns with the legal framework of free appointment and removal—and under what circumstances its enforcement would be justified.

## **Palabras Clave**

Estabilidad laboral reforzada, Fuero de Prepensionados, Funcionario público, Empleado de Libre nombramiento y remoción, Discrecionalidad, Permanencia en el empleo, Ponderación.

## **Introducción**

Los cargos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por depender directamente de la confianza del nominador, lo que otorga una facultad discrecional al nominador para definir la permanencia de los funcionarios en dichos cargos. Esto permite a las entidades públicas contar con personal de confianza y mejorar el servicio. Sin embargo, esta discrecionalidad se puede ver limitada cuando quienes ocupan estos cargos están próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión.

En este contexto, surge la necesidad de analizar los límites que debe tener la facultad discrecional para desvincular a funcionarios de libre nombramiento y remoción que están protegidos por el fuero de prepensionados, un mecanismo que busca garantizar la estabilidad laboral reforzada para quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad al estar próximos a pensionarse.

La presente investigación examina, a partir de la normativa vigente, la doctrina y la jurisprudencia, la compatibilidad entre la discrecionalidad propia de los cargos de libre nombramiento y remoción y la protección que ofrece el fuero de estabilidad laboral reforzada. El propósito es evitar que la facultad discrecional se ejerza de manera arbitraria, afectando el derecho a la pensión de los servidores públicos en esa condición.

Para ello, se analizan conceptos clave sobre las formas de vinculación al servicio público, la naturaleza jurídica de los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los criterios jurisprudenciales que delimitan el ejercicio de la discrecionalidad estatal frente al derecho a la estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado.

### **Planteamiento del Problema**

Desde la entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano se ha fortalecido de manera progresiva, a través de la Ley en sentido material, más aún cuando se trata de la protección de los derechos laborales. Dentro de este marco se consolidó, a través de la jurisprudencia, el fuero de prepensionados, concebido como un mecanismo de estabilidad laboral reforzada que impide la desvinculación de quienes se encuentran próximos a consolidar su pensión, asegurando así derechos fundamentales como el mínimo vital y móvil, la seguridad social, entre otros; resaltando que esta figura busca garantizar que los trabajadores no vean frustrado su derecho a la pensión por decisiones arbitrarias de los empleadores, constituyéndose en una expresión concreta del principio de dignidad humana.

La aplicación de esta garantía, sin embargo, plantea un dilema cuando se enfrenta a la figura de los funcionarios públicos cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción, los cuales, dependen directamente de la discrecionalidad del nominador, constituyéndose esta característica, como un elemento esencial de su vinculación, en la medida en que responden a la necesidad de confianza y eficacia en la gestión pública.

A partir de esto, surge entonces una confrontación entre las características proteccionistas del fuero de prepensionados, y la naturaleza de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Debate el cual, tiene repercusiones claras y directas en la gestión del talento humano, los fines del estado, la primacía del interés general sobre el particular, y la protección efectiva de los derechos de los trabajadores.

En este contexto, resulta indispensable examinar hasta qué punto el fuero de prepensionados debe extenderse a los cargos de libre nombramiento y remoción, y bajo qué condiciones podría lograrse un equilibrio entre la discrecionalidad administrativa y la estabilidad laboral reforzada. Una respuesta clara a esta tensión permitiría no solo avanzar hacia un marco regulatorio más coherente, sino también reducir la incertidumbre que hoy pesa sobre la administración y sobre los propios servidores públicos.

### **Pregunta de Investigación**

¿Existen límites jurídicos a la discrecionalidad del nominador para declarar la insubsistencia de un funcionario público de libre nombramiento y remoción cuando el titular goza de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado?

### **Justificación**

Los cargos de libre nombramiento y remoción han sido tradicionalmente entendidos como una figura que permite a las autoridades contar con personal de confianza y adaptarse a las necesidades institucionales. Sin embargo, cuando una persona que ocupa uno de estos cargos está próximo a pensionarse, surgen interrogantes importantes sobre su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Este artículo encuentra su justificación en la necesidad de aclarar hasta dónde llega la facultad discrecional del nominador cuando se trata de funcionarios cobijados por el fuero de prepensionados, y cómo se debe equilibrar esa discrecionalidad con la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad social y la expectativa pensional.

El análisis permite identificar los criterios que la jurisprudencia ha desarrollado para garantizar que estas personas no sean desvinculadas de manera arbitraria, afectando injustamente su posibilidad de acceder a una pensión. También busca ofrecer herramientas jurídicas claras que orienten tanto a servidores públicos como a autoridades nominadoras, y contribuir así a una gestión pública más justa, responsable y respetuosa del marco constitucional

## **Objetivos de la Investigación**

### **Objetivo General**

Determinar si actualmente existen límites jurídicos de la facultad discrecional del nominador en la declaratoria de insubsistencia de funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción que cumplen los requisitos del fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado en Colombia.

### **Objetivos Específicos**

1. Examinar el concepto de fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de pre-pensionado y los requisitos jurisprudenciales exigidos para su reconocimiento.
2. Caracterizar las diferentes formas de vinculación al servicio público.
3. Estudiar la naturaleza jurídica de los cargos de libre nombramiento y remoción, así como el alcance y límites de la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia.
4. Establecer si existen límites jurídicos concretos a la facultad discrecional del nominador en la declaratoria de insubsistencia cuando el funcionario público de libre nombramiento y remoción goza de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado.

### **Metodología de la Investigación**

Este artículo se construye a partir de una metodología dogmático-jurídica, que se enfoca principalmente en estudiar, interpretar y analizar las normas, principios y jurisprudencia que rigen el derecho laboral administrativo en Colombia, especialmente en lo relacionado con el fuero de prepensionados en los cargos de libre nombramiento y remoción.

En otras palabras, el objetivo ha sido revisar de manera ordenada y crítica el marco legal y constitucional aplicable, así como la evolución jurisprudencial que han

dado los jueces a estas figuras. Para ello, se han examinado artículos de la Constitución Política (como el 123 y el 125), normas legales relevantes como la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, y, sobre todo, las sentencias más importantes de la Corte Constitucional (como la sentencia SU-003 de 2018) y el Consejo de Estado, que han delimitado con mayor claridad los alcances del fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado y los límites al poder discrecional del nominador.

Este tipo de investigación busca entender a profundidad cómo actualmente se estructura el derecho en torno a una figura jurídica concreta, cómo se han aplicado estas normas en casos reales, y cómo se pueden armonizar los derechos fundamentales con el principio de eficiencia del servicio público.

Durante el desarrollo del artículo, se consultaron también textos doctrinales, conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y análisis académicos que han abordado el tema desde distintas perspectivas. Esto permite no solo contar con una visión normativa, sino también incorporar las preocupaciones prácticas y éticas que surgen en torno a la protección de personas en situación de vulnerabilidad laboral.

## **I. Estabilidad Laboral Reforzada y Fuero de Prepensionados.**

Con la entrada en vigencia de la constitución política de Colombia en el año 1991, se estableció un nuevo orden jurídico, donde se replanteó el tipo de estado, cuyo orden principal se expuso priorizando el reconocimiento de los derechos y garantías de los cuales son titulares todas las personas dentro del territorio de la nación; de esta manera, el nuevo estado colombiano, el cual es social y democrático,

Incide, no solo en las libertades, derechos y garantías establecidas en la norma base, sino que dio apertura al desarrollo normativo en base a dichas libertades y protecciones generacionales, creando incluso la obligación de las ramas del poder público a propender, entre otras aplicaciones del derecho,

aplicar el principio de progresividad de forma general (Gonzalez Maigual & Muñoz Avila, 2024)

Dicha obligación que establece el principio de progresividad establecido por la nueva constitución política, si bien, su cumplimiento está en cabeza de todas las ramas del poder público, así como de las demás instituciones estatales dentro de la estructura del Estado, en mayor medida se ha visto protegida, lo cual es lógico, por la “nueva” Corte Constitucional. La protección que ejerce esta nueva jurisdicción, para evitar, proteger, y establecer criterios que se “opondrían a la materialización armónica del contenido de la norma superior, lo cual, en consecuencia, llevaría a una degradación de la vitalidad de una constitución como la colombiana” (Almanza, 2021)

La constitucionalización del derecho, en virtud del principio de progresividad y la necesidad de proteger el espíritu de la Carta Magna, ha orientado a la Corte Constitucional a convertirse en un órgano que, mediante el ejercicio legítimo de la jurisdicción que le ha sido conferida, realiza una interpretación jurídico-institucional para armonizar lo dispuesto por el constituyente. Este proceso ha sido descrito como una manifestación del neoconstitucionalismo, “entendido como un soporte teórico por medio del cual se legitima la acción provista del juez constitucional que se desprende de la metódica lectura exegética de lo dispuesto en el ordenamiento normativo” (Almanza, 2021).

Adentrándonos inicialmente al objeto de estudio del presente artículo; en materia laboral, y ante la omisión legislativa del congreso de la república (entre otros fenómenos) de legislar el estatuto laboral, bajo los principios del artículo 53 superior, se presenta claramente el fenómeno de la constitucionalización del derecho en materia laboral, esto como consecuencia de la necesidad latente de brindar parámetros, a la luz de la constitución nacional, que no han sido cubiertos por la legislación existente.

Cuando se ha presentado esta situación, no solo en materia laboral, sino más específicamente en lo referente a la estabilidad laboral reforzada (donde la gran mayoría de fueros no cuentan con el sustento normativo suficiente, y ha sido la Corte Constitucional la encargada de establecer los parámetros de aplicación de los mismos),

la Corte Constitucional, con causa de la omisión legislativa relativa, la cual le permite pronunciarse sobre dichos asuntos, sin tener que acudir a la exequibilidad de la norma, o a exhortar al congreso de la república que legisle sobre el asunto en concreto (como sucede en los casos de omisión legislativa absoluta); ha dado origen a fenómeno jurídico de la constitucionalización del derecho, en donde, bajo la existencia de fueros de estabilidad laboral reforzada creados mediante Leyes, su desarrollo se ha venido estableciendo bajo “un cúmulo de sentencias por medio de las cuales se ha determinado su contenido y alcance.” (Almanza, 2021).

Es entonces, bajo el principio de progresividad y su aplicación, que nace conceptualmente “la estabilidad laboral reforzada. Pero entonces, ¿Qué es la estabilidad laboral reforzada? En pocas palabras y de manera sintética y pragmática, se puede decir lo siguiente: “La Estabilidad Reforzada es una de las medidas más eficaces con las que cuenta un grupo de trabajadores con debilidad manifiesta, pues es un mecanismo que logra el equilibrio de la relación laboral, con el fin de conseguir la igualdad de los trabajadores. (Naranjo, 2006, como se citó en Jacome, 2018). Pero para entenderlo de una mejor manera, hay que estudiar el origen del mismo.

Así como lo expuso Almanza Junco (2021), el artículo 53 de la constitución política de Colombia estableció los principios del derecho laboral y del inexistente estatuto laboral. Es por esto, que el autor ya citado expone lo siguiente:

Se ha indicado que el artículo constitucional 53 establece los denominados principios mínimos fundamentales del derecho laboral colombiano, entre estos, el de estabilidad en el empleo. De entrada, el principio en sí, enunciado en abstracto, puede presentar más inquietudes que certezas; de allí lo relevante de su interpretación constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, quien desde sentencias tempranas ha definido que esta estabilidad en el empleo, a título de principio, no hace referencia al abstracto de permanencia indefinida en un empleo, sino a la de establecer en el contrato de voluntades entre el empleador y el empleado, condiciones para que este último “goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no

se romperá de manera abrupta y sorpresiva (Corte Constitucional, 1998 como se citó en Almanza 2021)

De acuerdo a lo anterior, como se expuso, y como lo describe Gonzalez Maigual & Muñoz Avila, (2024)

La base normativa colombiana se cimienta en la constitución y su estructura, la estabilidad laboral puede interpretarse como un principio constitucional, y, por ende, de protección especial por el constituyente, y subsidiariamente, por el legislador y el operador judicial, siendo esta una noción de orden primario dentro del ordenamiento jurídico en función de las garantías armónicas derivadas. (p.17)

Pero entonces, de manera general, se supondría que la primicia de dicho estipulado normativo y sus posibles interpretaciones se encaminan a la inexistencia de alguna forma de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador al margen de lo fijado en el contrato. Esta primicia, la cual establecemos de una vez que no es cierta, se la cuestiona y la soluciona Almanza Junco (2021) de la siguiente manera:

Lo anterior, podría llevar a suponer que todo contrato de trabajo celebrado bajo el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra fijado sobre la base de una relación laboral, la cual no contemple forma alguna de despido imprevisto por parte del empleador al margen de lo fijado en el contrato de trabajo, afirmación que no es en estricto cierto, toda vez que, bajo ciertas circunstancias, se puede reconocer en algunos casos la legalidad del despido, incluso sin justa causa, caso en el cual esta procede siempre y cuando al trabajador afectado por la decisión se le reconozca una indemnización compensatoria por la cesación imprevista del acuerdo laboral pactado. (p.23)

Para reforzar esta idea, y esclarecer el contexto laboral en Colombia, Gonzalez Maigual & Muñoz Avila, (2024) describe lo siguiente:

La estabilidad laboral, si bien se enmarca como un principio y derecho de orden constitucional primario, de garantía conexa a derechos fundamentales, no

es de orden absoluto en atención al desarrollo constitucional y judicial que se han presentado desde la expedición de la constitución política (1991), y que, en mayor o menor necesidad, han derivado en la existencia de fenómenos jurídicos de aplicación especial, como lo es, y para el caso de estudio, la estabilidad laboral reforzada que propende la protección de condiciones especiales del trabajador. (p.18)

Estos análisis, donde se describe o se define el marco legal colombiano, donde prima la estabilidad laboral relativa en la generalidad, no son absolutos, ya que se deben incluir los casos en los que no es posible terminar dicha relación laboral bajo el supuesto pago de una indemnización, dando origen a la estabilidad laboral reforzada en Colombia:

Frente a este escenario, es relevante destacar que no todas las relaciones laborales son susceptibles de poder ser legalmente finalizadas sin justa causa, incluso cuando se ofrezca o se pague una indemnización para su cometido, esta se debe efectuar con la autorización adicional de la Inspección del Trabajo, pues de lo contrario el despido puede carecer de eficacia. (Almanza Junco, 2021)

La Corte Constitucional en la sentencia C-470 de 1997, así como lo describió Sánchez Cabrera (2019), definió en un principio la estabilidad laboral reforzada de la siguiente manera:

Consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada, un discapacitado a no ser despedido, en ningún caso, por razón de su situación. (Corte Constitucional, 1997, como se citó en Sánchez, 2019)

Siguiente a esto, en sentencia T-310 de 2015, la Corte Constitucional evolucionó el concepto y la protección, incluyendo que la estabilidad laboral reforzada, se puede

predicar igualmente de cualquier tipo de contrato laboral, así como de contratos de prestación de servicios, mientras se cumplan los supuestos fácticos requeridos de la siguiente manera:

El principio de estabilidad laboral reforzada predica de cualquier tipo de contrato laboral, prestación de servicios, ya que la primacía del presente derecho es la debida protección de la persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad, que de todas formas necesita que el vínculo cumpla con los derechos y obligaciones que emanan del contrato, así mismo, que no se agrave la situación del trabajador que este en situación de especial protección sino que cuente con todas las garantías en primer aspecto por el empleador, por el Estado, la Sociedad y la familia. (Jacome Velásquez, 2018)

En sentencia T-320 de 2016, se determinaron las características del principio de estabilidad laboral reforzada:

El precedente que determina las características del Principio de Estabilidad Laboral reforzada lo realiza la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos, así:

- Derecho a conservar el empleo: característica fundamental que se llevó a cabo en las definiciones anteriormente expuestas.
- A no ser despedido por una razón de vulnerabilidad: se debe verificar la situación de desventaja que atraviesa el trabajador, la cual debe ser corroborada por el médico tratante, o hechos y pruebas que soporten la misma.
- Permanecer en el empleo siempre que no se configure una causal objetiva de desvinculación: estarse a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, lo cual permite inferir las causales tacitas de despido justo para el empleador y el mismo trabajador identificar que no se encuentra en ninguna de ellas.
- Que la autoridad laboral competente cuando se requiera autorice el despido: Ministerio de Trabajo debe autorizar al empleador el despido de una persona

que se encuentre en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o discapacitada.

- Debe existir una verificación por parte de la autoridad de la causal objetiva que no debe estar relacionada con la situación de vulnerabilidad: el inspector de trabajo asignado deberá contar con el estudio del lugar de trabajo, del trabajador y empleador en su integridad, para identificar las características de la situación en particular.
- El despido debe ser declarado ineficaz al encontrar la autoridad competente que no existe ni autorización ni una causal justa de despido. (Corte Constitucional, 2016, como se citó en Jacome, 2018)

En sentencia SU-049 de 2017, evolucionó dicho concepto, donde se empezó formalmente a describir no solo la estabilidad laboral reforzada, sino que dio entrada formal, de acuerdo a su vez a lo reglado en el 2015, a la estabilidad ocupacional reforzada. Es así, que Almanza Junco (2021).expone:

... el tránsito de la estabilidad laboral reforzada a su extensión a la estabilidad ocupacional reforzada; esto, a través de la Sentencia su-049 de 2017.

La SU-049 de 2017 indica que, al ser el principio de estabilidad laboral reforzada una figura que remite nominalmente por regla a las relaciones de trabajo dependiente, se debe hacer mención también a la estabilidad ocupacional reforzada por ser una denominación más amplia y comprehensiva de aquellas relaciones contractuales donde no exista en sentido estricto una relación laboral. De manera puntual esta Corporación señala: La jurisprudencia constitucional ha usado de forma dominante la expresión “estabilidad laboral reforzada” para hacer alusión al derecho fundamental antes caracterizado. (p.29)

La sentencia C-200 de 2019, retoma los elementos esenciales de la naturaleza de la estabilidad laboral reforzada así:

Se puede reconocer en la generalidad de los fueros laborales para ciertos trabajadores, cuya configuración a título de derecho fundamental, se regla por

los siguientes elementos esenciales: i) el derecho a conservar el empleo; ii) el derecho a no ser despedido por la situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta; iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación, y iv) que cualquier desvinculación se dé con la autorización expresa de la autoridad laboral competente, bajo la verificación de una causal objetiva no relacionada con la situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta del trabajador (Corte Constitucional, 2019, como se citó en Almanza, 2021)

De esta manera, se demuestra como la Corte Constitucional ha aplicado el principio de progresividad, ha constitucionalizado el derecho laboral y la estabilidad laboral reforzada, estableciendo parámetros cada vez más específicos, descritos en su jurisprudencia cubriendo así los vacíos existentes en la Ley.

Para culminar este punto de la investigación y darnos un mayor acercamiento al tema de investigación, citaremos 3 apartados del texto de Muñoz Avila & González Maigual (2024). ¿Qué Es La Estabilidad Laboral Reforzada En Colombia,Cuál Es Su Orden Y Su Desarrollo En Función De Las Disposiciones Constitucionales?, los cuales a consideración del autor son muy acertados y los uniremos para dar nuestra definición de lo que es la estabilidad laboral reforzada:

La definición interpretativa de la estabilidad laboral no es más que el desarrollo normativo que deriva de un principio proteccionista al trabajador, donde debe prevalecer o conservar su vinculación al puesto de trabajo, manteniendo una expectativa legítima de su continuidad, salvo que exista circunstancia previsible y definida con antelación a su desarrollo, ello con el fin de garantizar derechos mínimos al ciudadano y fortalecer las relaciones sociales. (p.17)

La estabilidad laboral reforzada aplica al reconocimiento propio de la condición de debilidad manifiesta de las personas vulneradas en su vínculo laboral, y por ende, busca su protección efectiva, siendo esta una noción constitucional de desarrollo interpretativo de la norma superior, cuya evolución

se predica del proceder actual de la sociedad en las relaciones laborales, teniendo como prerrogativa el equilibrio de condiciones equiparables al derecho de igualdad particular de los trabajadores” (p.24)

La aplicación de la estabilidad laboral reforzada ostenta, en sí misma, un espectro genérico que debe adecuarse situación puntual de la relación laboral, incluso contractual de servicios, donde las condiciones del trabajador/contratista deben ser evaluadas minuciosamente previo a tomar decisiones que afecten la estabilidad de la relación en sí, preponderando siempre los derechos fundamentales del trabajador conexos con los presupuestos y nociones que renglones arriba fueron expuestos. (p.28)

La estabilidad laboral reforzada es una figura jurídica derivada de los principios constitucionales de estabilidad laboral, protección al trabajador, protección a las personas que tiene una debilidad manifiesta, progresividad, mínimo vital y móvil; que busca garantizar la permanencia en el empleo y la continuidad del vínculo laboral existente entre la persona que tiene una debilidad manifiesta, salvo en casos justificados y previamente definidos; todo esto en consonancia con los principios de igualdad y dignidad humana.

Su aplicación requiere un análisis detallado y contextualizado de cada situación laboral en específico, incluyendo incluso las relaciones contractuales de prestación de servicios, para evitar decisiones que vulneren los derechos del trabajador o contratista.

La estabilidad laboral reforzada no solo responde a un mandato normativo, sino que se configura como una evolución interpretativa de la norma constitucional, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sintonía con las dinámicas sociales actuales y la necesidad de fortalecer las relaciones laborales.

Se aclara que la estabilidad laboral reforzada, no tiene como base solo los principios mencionados, sino que existe una correlación de otros principios y derechos enmarcados en la constitución, que se delimitan en cada caso en particular de aplicación.

### ***La Estabilidad Laboral Reforzada Por La Condición De Prepensionado***

Con la entrada en vigencia de la Ley 790 de 2002, los trabajadores del sector público que se encontraban en su última etapa laboral, adquirieron una protección que les garantizaba el derecho a pensionarse. Así lo refirió Jaramillo (2019) al describir el contexto de la época así:

Los trabajadores Colombianos que se encontraban en su última etapa laboral, es decir entre los 50 a los 62 años de edad, antes del año 2002 carecían de protección laboral debido a que este grupo poblacional no tenía garantía alguna para conservar su empleo, y de esta manera continuar cotizando al sistema pensional.

En consecuencia se estarían vulnerando los derechos fundamentales como son el de la igualdad (artículo 13 C.P), el de la seguridad social (artículo 48 C.P), y el de favorabilidad (artículo 53 C.P) entre otros, y dejando así a los trabajadores sin ningún tipo de protección o garantía para adquirir la pensión, ya que si eran despedidos de las entidades estatales o empresas sería muy poco probable que estas personas volvieran a conseguir un trabajo estable y continuar haciendo los aportes correspondientes de acuerdo a la Ley, de manera continua, sin ningún tipo de interrupción para así alcanzar con las semanas requeridas.

Evidentemente estos trabajadores cumplían con el requisito de edad, más no con el requisito de las semanas mínimas requeridas o con el capital mínimo requerido como aporte. Esta situación dio un giro inesperado debido a que en el año 2002 se expide la Ley 790, que en su capítulo II REHABILITACIÓN PROFESIONAL Y TÉCNICA, artículo 12 menciona: “ 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. (p.2)

Esta figura creada en el año 2002, que fue denominada “reten social”, la cual dio inicio a la figura del fuero de estabilidad laboral reforzada por la condición de prepensionado, otorgó por primera vez a los trabajadores colombianos (del sector público) la garantía de un mínimo vital, y la garantía de cumplir los requisitos para pensión de vejez, en igualdad de condiciones frente a los otros trabajadores más jóvenes.

Más adelante, en el año siguiente a la expedición de la Ley mencionada con anterioridad, de acuerdo a lo descrito nuevamente por Jaramillo (2019), *“el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003, modificó el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, sin embargo, estableció que la garantía de los próximos a jubilarse o pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”*, aumentando claramente la protección de los trabajadores públicos.

El hecho de que dentro de la Ley se mencionara la intención del órgano legislativo, no solo de proteger a un grupo poblacional en específico (el cual es los trabajadores del sector público próximos a cumplir los requisitos de pensión y próximos a pensionarse), sino que establece un periodo de tiempo específico (3 años), le permitió a la Corte Constitucional, bajo el uso estos dos parámetros, continuar vía jurisprudencia, reglando el fuero de prepensionados.

Atendiendo a que lo estipulado no se cumplió por algunas entidades estatales que se encontraban en proceso de liquidación, como lo expone Jaramillo (2019), conllevó a que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-009 de 2008, se pronunciara por primera vez al respecto del fuero de prepensionados, *“indicando así que a los trabajadores que les faltare menos de 3 años para cumplir con los requisitos para para pensionarse, serían acreedores de dicho fuero”* (Corte Constitucional, 2008, como se citó en Jaramillo, 2019).

Dentro de la sentencia mencionada del año 2008, se establecieron los siguientes parámetros:

1. Los trabajadores que dentro de los 3 años siguientes o menos puedan adquirir el estatus de pensionado por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley, no podrá ser desvinculado.
2. Si el trabajador fue desvinculado cumpliendo el apartado anterior, deberá ser reintegrado a su mismo puesto de trabajo o uno superior.

El requisito descrito por parte de la Corte Constitucional en ese momento, como lo expone Jaramillo (2019), generó la siguiente complicación:

El problema principal respecto a este requisito es que no hace distinción de edad o número de semanas cotizadas debido a que los trabajadores que cumplen con las semanas mínimas requeridas por la Ley ,que son 1.300, pero en esos últimos 3 años o menos les hace falta cumplir con la edad, no se les estaría vulnerando el derecho a la seguridad social, puesto que este trabajador solo estaría a la expectativa de cumplir con el requisito de la edad, para así tener el estatus pensional; sin embargo, la Corte continuó emitiendo sentencias sin marcar esa distinción de los 3 años o menos para cumplir los requisitos para pensionarse; pero, si fue muy minuciosa en analizar si realmente se le estaban vulnerando sus derechos fundamentales o no, si la persona se encontraba en un estado crítico y además determinar si se encontraba o no en una debilidad manifiesta evidente. (p.7)

Mas adelante, con la sentencia T-357 de 2016, como lo describe Sánchez (2019), concluyó que el fuero de prepensionado, el cual gozaban los trabajadores del sector público, debía extenderse a todo tipo de trabajadores, acobijando así a los trabajadores del sector privado.

Adicionalmente, dentro de la sentencia en mención, como en las subsiguientes a la misma, la Corte Constitucional realizó un análisis y estudio, no solo del requisito ya descrito, sino de la debilidad manifiesta, como lo es la imposibilidad de realizar aportes

al sistema general de seguridad social, sino como lo describió Gómez Zuleta & López Rangel (2023), “sino la verificación de las necesidades básicas o gastos mínimos elementales en cabeza de dicha persona, que resultan indispensables” así como “si la persona está en capacidad de satisfacerlos por sí mismos, o por medio de sus familiares, para que efectivamente haya lugar a esta protección”; adentrando como requisito, la afectación al mínimo vital y móvil de la persona, por el “hecho de que su actual salario y su eventual pensión son la fuente de su sustento económico” (Corte Constitucional, 2016).

En sentencia T-595 de 2016, como lo describe brevemente Gómez Zuleta & López Rangel (2023), la Corte resalta que, “la protección del fuero de prepensionados no es absoluta, pues en caso de existir una justa causa, será posible que el empleador pueda desvincular al trabajador de su puesto de trabajo” (Corte Constitucional, 2016, como se citó en Gómez Zuleta & López Rangel, 2023)

El último gran avance existente en la materia es la sentencia SU-003 de 2018, la cual delimitó el requisito establecido con anterioridad; para analizar más profundamente lo descrito, Jaramillo (2019), explicó dicho avance jurisprudencial del siguiente modo:

Finalmente, para el año 2018 se unifica el concepto especificando el requisito para acceder al fuero de pre- pensionados quedando de la siguiente manera: aplicará para los trabajadores que les falte 3 años o menos para adquirir su estatus pensional, PERO que esos últimos 3 años o menos sean para continuar cotizando las semanas mínimas requeridas por la Ley que vendrían a ser 1.300 semanas o el monto mínimo requerido por la Ley. Como se puede evidenciar no se encuentra por ningún lado el requisito de la edad debido a que estos trabajadores, que les falte menos de 3 años o menos para cumplir con la edad establecida por la Ley que son 57 años mujeres y 62 años hombres, ya gozan de las semanas mínimas requeridas no harán parte de esta estabilidad laboral reforzada, puesto que su principal objetivo es que los trabajadores puedan continuar cotizando al sistema pensional y poder adquirir la pensión de vejez. (p.7)

Igualmente, Sánchez (2019), declaró respecto a la SU-003 de 2018:

Siempre que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad y acredite el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no da lugar a considerar que dicho Empleado Público sea beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable. Además, esta Sala de Decisión, en este mismo fallo consideró, que no se frustra el acceso a la pensión de vejez en razón, a que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral. (p.45)

En síntesis, si se encuentran las semanas cotizadas establecidas en la Ley 100 de 1993 para pensionarse no implica que el otro requisito que es la edad no lo pueda cumplir en el transcurso del tiempo sin necesidad de que continúe vinculado laboralmente con la entidad. (p.46)

Para concluir el presente capítulo, se define como fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado, aquella protección laboral con la que se blinda una persona, para no ser desvinculado o desmejorado, para que cumpla plenamente los requisitos establecidos en la Ley para adquirir sus derechos pensionales de vejez, y así acceda plenamente al efectivo goce de este derecho.

Los requisitos necesarios vía jurisprudencial para acceder a este fuero son los siguientes:

1. Que le faltare dentro de los 3 años anteriores de cumplir con el requisito de edad, el requisito de tiempo en semanas, y requería seguirlas cotizando.
2. Que efectivamente se vulneró el derecho al mínimo vital y móvil de la persona.

A estos requisitos, se puede llegar a agregar un tercer elemento, el cual es planteado por Gómez Zuleta & López Rangel (2023) de la siguiente manera:

En relación con los empleados públicos, esta condición de prepensionado debe ser reclamada por el empleado ante la entidad pública, según lo establecido en el artículo 2.2.12.1.2.2. del Decreto 1083 de 2015, en el cual se establece el trámite para aplicar la protección especial. Esto se debe, a que no se puede pretender que la entidad pública o el superior encargado del empleado público puedan presumir esta condición, así como tampoco se le podría determinar la inobservancia de esta protección al momento de la remoción del cargo al empleado si no se tenía conocimiento de esto. (p.12)

## **II. El Servicio Público y sus Formas de Vinculación.**

En Colombia, los servidores públicos se encuentran diferenciados principalmente en el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia (1991), el cual determina:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento.

La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Entonces son servidores públicos los siguientes:

1. Miembros de las corporaciones públicas.
2. Empleados públicos.
3. Trabajadores oficiales.

Al respecto, existe un debate jurídico dentro del cual, dogmáticamente, se busca esclarecer la naturaleza jurídica de los trabajadores oficiales-, aun así, para el presente artículo investigativo, al tenor del artículo 123 de la constitución política (1991), se incluirá dentro de los servidores públicos.

La diferencia entre estos 3 tipos de servidores públicos radica en su naturaleza jurídica, sus funciones de manera general, y su vinculación con el Estado.

En primer lugar, entonces, los miembros de las corporaciones públicas son las personas electas por voto popular que hacen parte del congreso de la república (congresistas), de las asambleas departamentales (diputados), y, por último, los consejos municipales y distritales (concejales).

Los empleados públicos, de acuerdo con el decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector de función pública, en su artículo 2.2.30.1.1. son:

ARTÍCULO 2.2.30.1.1 Tipos de vinculación a la administración pública.

Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo.

En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral. (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.30.1.1)

Concluyendo que principalmente, la diferencia entre estos dos tipos de servidores públicos radica en que los empleados públicos son todos aquellos tienen una vinculación legal o reglamentaria con el Estado, y definiendo que los trabajadores tienen una vinculación contractual laboral con el Estado.

En concordancia con lo anterior, para tener mayor claridad con lo expuesto por el constituyente, como para tener cercanía con la población sobre la cual se sustenta el presente artículo, el artículo 125 superior en sus incisos primero y segundo, establece lo siguiente, sobre lo cual, partirá el presente capítulo:

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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público.

Los incisos previamente expuestos, permiten dar las siguientes características. En primer lugar, por regla general, los empleados públicos del Estado colombiano son de carrera administrativa, y para poder adquirir dichos derechos, deben ser nombrados por concurso público.

Como anteriormente se esclareció la diferencia entre empleado público y trabajador oficial, con respecto a su vinculación, ahora nos centraremos en los empleados públicos, las diferentes clases de estos, y su naturaleza; todo igualmente partiendo de los incisos mencionados.

El artículo 125 constitucional, junto con la Ley 909 de 2004 en su artículo 5, han permitido diferenciar las clases de empleado público, los cuales son:

1. Carrera administrativa.
2. Elección popular.
3. Periodo fijo.
4. Libre nombramiento y remoción.
5. Empleos temporales.
6. Cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas.

Siendo la población en estudio del presente artículo los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, nos centraremos solo en esta clase de empleados.

### **III. Libre Nombramiento Y Remoción**

Los cargos de libre nombramiento y remoción son un tipo de empleo público con una naturaleza jurídica distinta a los de carrera administrativa. Según el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia (1991), “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre

nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley”. Esto significa que dichos cargos no están sometidos al sistema de selección por mérito ni al concurso, sino que su nombramiento y retiro depende directamente de la discrecionalidad del nominador.

La autoridad competente puede nombrarlos y retirarlos de acuerdo con las necesidades institucionales y la confianza que para el desarrollo del empleo se requiere, sin necesidad de agotar procesos formales previos. De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, este tipo de empleos están regulados en el artículo 5, numeral 2 de la Ley 909 de 2004, los cuales están orientados a funciones que requieren especial confianza, como la dirección institucional, la asesoría directa y el manejo de recursos públicos. A pesar de su régimen excepcional, estos cargos conservan la naturaleza de empleos públicos, y por ello sus titulares gozan del régimen prestacional y salarial correspondiente al nivel del empleo y al tipo de entidad donde se desempeñan. Como lo ha señalado el Concepto 116431 de 2023 del Departamento Administrativo de la Función Pública (22 de marzo de 2023). “Los empleos de libre nombramiento y remoción se clasifican como empleos públicos; por lo cual, estos empleados gozarán del régimen prestacional y salarial aplicable dependiendo la naturaleza de la entidad y el cargo que ostente el o la funcionaria”.

Una característica importante de estos empleos es la facultad de retiro que posee el nominador, la cual puede ejercerse sin necesidad de agotar un procedimiento previo ni de justificar formalmente el acto administrativo con las razones de la desvinculación. La declaratoria de insubsistencia del nombramiento, tiene sustento legal en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual la contempla expresamente como causal de retiro del servicio en los empleos de libre nombramiento y remoción. Asimismo, el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 enumera las circunstancias que generan vacancia definitiva de un empleo, incluyendo la insubsistencia del nombramiento como una de ellas. Según el Departamento Administrativo de la Función Pública, esta facultad puede ejercerse sin motivación explícita en el acto administrativo “Se podrá declarar la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y

remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio, sin que se motive el acto administrativo respectivo” (Concepto 066901 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública - Gestor Normativo, s. f.)

No obstante, si bien la normativa permite que este tipo de decisiones no requiera una motivación escrita, la jurisprudencia ha desarrollado una serie de límites sustanciales que buscan evitar abusos en el ejercicio de esta potestad. En la sentencia SU-539 de 2012, la Corte Constitucional sostuvo que el acto de insubsistencia en estos cargos no requiere motivación, dado el carácter discrecional de la relación.

Los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de la regla general consistente en que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa. Incluso, dichos cargos se caracterizan esencialmente por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al servidor de la administración (Corte Constitucional, 2012).

Sin embargo, a partir de fallos posteriores, el tribunal ha señalado que la discrecionalidad no debe interpretarse como un poder absoluto y desvinculado del control constitucional. La desvinculación de un servidor público no puede responder a causas arbitrarias, discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales, incluso en el marco de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque el nominador tiene libertad para decidir, esa libertad no es absoluta. La jurisprudencia ha dicho que hay límites. Por ejemplo, si una persona es retirada del cargo de manera injusta, sin motivo claro, o por razones políticas o personales, puede haber consecuencias legales. De hecho, aunque no se requiere motivar en detalle por qué se retira a alguien de un cargo de libre nombramiento y remoción, hay casos en los que sí debe hacerse, especialmente si hay una posible afectación de derechos fundamentales. Como lo manifiesta Rodríguez Gutiérrez & Linares Díaz (2024):

La figura de los cargos de libre nombramiento y remoción es una de las más importantes del derecho administrativo colombiano. Esta figura permite al Estado contar con funcionarios que tengan las competencias y habilidades necesarias

para desempeñar determinados cargos, sin tener que someterse a los requisitos de un concurso de méritos. La figura de los cargos de libre nombramiento y remoción tiene ventajas y desventajas. Por un lado, permite al Estado contar con funcionarios que tengan las competencias y habilidades necesarias para desempeñar determinados cargos. Por otro lado, puede facilitar el clientelismo y la corrupción. (p,88)

Es decir que este tipo de cargos son útiles para agilizar la gestión pública y contar con personal de confianza y suficiente preparación, pero también puede prestarse para abusos si no se maneja con responsabilidad.

La Corte ha establecido con claridad que existen límites a la discrecionalidad del nominador frente a la declaratoria de insubsistencia, en especial cuando se trata de personas cobijadas por un fuero de protección constitucional. En estos casos, el acto de retiro no puede apoyarse simplemente en la condición del cargo, sino que debe respetar derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la sentencia SU-071 de 2013, citando el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, concluyó que la desvinculación de una mujer embarazada, sin mediar prueba de mejoramiento del servicio o sin justificación objetiva, constituye una vulneración del derecho al trabajo y del principio de estabilidad laboral reforzada (Corte Constitucional,2013). De igual manera, en la sentencia SU-448 de 2011 se estableció que la desvinculación de trabajadores próximos a pensionarse también exige una valoración especial, teniendo en cuenta su condición de vulnerabilidad. (Corte Constitucional, 2011)

Además de las mujeres en embarazo y los pre-pensionados, otras personas también han sido objeto de protección especial frente a la declaratoria de insubsistencia, como servidores con discapacidad, titulares de fuero sindical, madres o padres cabeza de familia, y adultos mayores. En todos estos casos, la Corte ha exigido que se acredite una causa objetiva, proporcional y razonable para proceder con el retiro, so pena de que el acto se declare nulo por vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, la Corte ha tomado una posición que no niega la posibilidad del retiro, pero que exige una fundamentación material del acto

administrativo cuando el empleado se encuentra bajo alguna de estas condiciones de especial protección.

Un concepto jurisprudencial que ha permitido armonizar la facultad discrecional con los derechos del servidor es el de “motivación restringida”. Este consiste en que, si bien el acto administrativo no debe contener motivación escrita, sí debe existir constancia de las razones que justifican la decisión en documentos asociados, como la hoja de vida del funcionario o informes de gestión.

Opera una discrecionalidad restringida, ya que, si bien no se requiere la motivación del acto, la propia norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, controlando la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior). (Corte Constitucional, 2014)

La sentencia T-686 de 2014 acogió esta figura, reconociendo que el ejercicio de la discrecionalidad debe estar vinculado a finalidades legítimas del servicio público y que, por tanto, las razones del retiro deben poder ser verificables, aun si no se expresan formalmente en el acto. Esto refuerza la obligación del estado de ejercer su autoridad de manera fundamentada por principios, sin renunciar a la discrecionalidad administrativa necesaria que conlleva el manejo de cargos de confianza.

Por su parte, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que los actos de insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción gozan de presunción de legalidad. Esto implica que, salvo que se demuestre lo contrario, se presume que el retiro se hizo conforme a derecho y por razones del buen servicio. La carga de la prueba recae en el funcionario desvinculado, quien debe acreditar que la decisión fue contraria a la Constitución o la Ley.

Aunque no hace falta dar una razón específica para declarar la insubsistencia de un empleado, esa decisión debe tener como objetivo mejorar el servicio público, no responder a intereses personales. Quien toma la decisión tiene libertad para hacerlo, pero debe actuar con responsabilidad, sentido común y respeto por los derechos de los

empleados, especialmente si se trata de personas en situaciones que requieren mayor protección del Estado.

Los cargos de libre nombramiento y remoción representan una excepción al sistema de carrera. Permiten al nominador contar con empleados eficientes y de confianza, ajustados a las metas institucionales. Sin embargo, su manejo exige un alto grado de responsabilidad jurídica. Aunque la Ley otorga al nominador facultades amplias para nombrar y remover, dichas facultades no pueden ejercerse sin control, especialmente cuando están en juego principios constitucionales y derechos fundamentales. Con el tiempo, la jurisprudencia ha dejado claro que, aunque no se exige una justificación formal para declarar la insubsistencia de un cargo, esta debe basarse en razones objetivas y comprobables, siempre pensando en el interés general. En ese sentido, los cargos de libre nombramiento y remoción siguen siendo una herramienta válida y útil, siempre y cuando se usen con responsabilidad y dentro de los límites que establece un Estado social de derecho.

#### **IV. Límites a la Discrecionalidad del Nominador en la Declaratoria de Insubsistencia de los Funcionarios Públicos que Ocupan Cargos de Libre Nombramiento y Remoción que Gozan del Fuero de Prepensionados.**

Con el objeto de delimitar jurisprudencialmente los límites que el ordenamiento jurídico impone al nominador respecto de los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, se desarrollará un análisis comparativo entre los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En este contexto, la Sentencia SU-003 de 2018, establece principios y criterios jurídicos que permiten determinar cuándo estos servidores se encuentran protegidos por la estabilidad laboral reforzada, particularmente en virtud del fuero de prepensionados.

En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional destaca el artículo 5, numeral 2, de la Ley 909 de 2004, que establece los criterios para clasificar cargos como de libre nombramiento y remoción, los cuales, por regla general, son de especial

confianza. Estos incluyen. cargos de dirección y orientación institucional, encargados de liderar y definir políticas públicas; empleos de asesoría directa a altos funcionarios, que exigen alto grado de confianza; funciones de administración de bienes públicos, por su responsabilidad en la gestión eficiente y transparente de recursos; cargos de seguridad y protección de altos funcionarios, que requieren especialización y confianza; asesoría en órganos legislativos, para apoyar procesos normativos en asambleas y concejos; y finalmente, asesorías en altos niveles administrativos, como secretarías de despacho o direcciones de departamentos, donde la confianza es esencial para una gestión eficaz.

Una vez identificados los criterios anteriores, la Corte hace un recuento sobre el origen constitucional de los empleos de libre nombramiento y remoción, y enuncia ciertos criterios de origen jurisprudencial que se deben cumplir, para ello la Corte dispone lo siguiente

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-514 de 1994, precisó que estos debían obedecer a dos tipos de criterios: (i) bien, a la naturaleza de las funciones, (ii) ora, al grado de confianza para el ejercicio de las funciones. Con relación al primero, “un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional”. Con relación al segundo, indicó que, “los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”. Se trata, entonces, de criterios alternativos, de orden constitucional, que permiten al Legislador atribuir a un determinado empleo público el carácter de libre nombramiento y remoción. (Corte Constitucional, 1994, como se citó en Corte Constitucional,2004)

Lo anterior, con el fin de brindar un análisis sobre el alcance de la estabilidad laboral reforzada para los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales, en razón a las funciones de su cargo o de la suma confianza que exige su labor, no gozan de estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, frente a la figura de prepensionable, la Corte hace énfasis en la expectativa del trabajador de obtener la pensión de vejez, la cual hace referencia a la obtención de semanas cotizadas requeridas para acceder a la misma, a lo anterior hace claridad que:

La prepensión protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez (Corte Constitucional, 2018)

Es decir que, cuando el requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es únicamente la edad, el trabajador no sería titular del fuero de prepensionados, ya que lo que busca proteger dicho fuero es que el trabajador logre completar las semanas faltantes para cumplir con los requisitos de pensión. En ese sentido, y teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, es posible que bajo ciertas circunstancias un funcionario que ocupa cargos de libre nombramiento y remoción pueda estar cobijado por el fuero de prepensionados. Ahora bien, la Corte menciona las acciones y los medios que puede emplear para reclamar su derecho una vez adquirido conforme a los requisitos antes mencionados. La misma sentencia señala que, si bien la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no puede ser utilizada cuando existen otros medios judiciales de defensa, la Corte Constitucional ha reconocido su procedencia excepcional como mecanismo transitorio en aquellos casos en los que sea necesario evitar un perjuicio irremediable. Esta posibilidad exige una valoración concreta de las condiciones personales del tutelante, lo cual implica analizar no solo la existencia de otros mecanismos judiciales, sino también su idoneidad y eficacia en el caso específico.

En este contexto, es importante reiterar que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para declarar la nulidad de los actos administrativos. En su lugar, existe el medio de control establecido en el artículo 138 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la nulidad y restablecimiento del derecho. Este procedimiento permite cuestionar la legalidad del acto administrativo con todas las garantías procesales, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares, como la suspensión provisional del acto en cuestión, a lo cual la Corte considera que:

En ejercicio de este es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, valore si, efectivamente, el tutelante podía ser sujeto de protección constitucional en virtud de la figura de la prepensión. Es prima facie eficaz pues, en el marco del proceso contencioso administrativo, es posible solicitar una de las múltiples medidas cautelares de que trata el artículo 230 de esta codificación, incluso desde el momento de presentación de la demanda, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos al interior de la actuación administrativa que se cuestiona. Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales que alega la parte actora (Corte Constitucional, 2018)

Esto con el fin de proteger los derechos fundamentales del servidor, sin embargo, a pesar de la existencia de este mecanismo ordinario, la Corte ha señalado que la tutela podría proceder de manera excepcional como mecanismo transitorio, cuando el solicitante se encuentre en una situación de debilidad manifiesta o riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, como podría ser el caso de un prepensionado cuya desvinculación laboral comprometa gravemente su derecho a una pensión digna o a su mínimo vital y móvil.

Aquí cobra especial relevancia un principio reiterado por la jurisprudencia: aunque exista formalmente un medio o recurso judicial de defensa, la evaluación sobre la procedencia de la acción de tutela debe centrarse en la eficacia real de ese mecanismo, atendiendo a las circunstancias personales del solicitante. Es decir, el juez constitucional no puede limitarse a verificar si existe un recurso judicial disponible, sino que debe determinar si ese medio resulta realmente eficaz para la protección inmediata

y efectiva de los derechos fundamentales en discusión, considerando las condiciones concretas en que se encuentra el tutelante.

De este modo se hace evidente que, aunque el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho permite solicitar medidas cautelares, este procedimiento implica etapas previas, y puede tardar más de un año en completarse. Sin embargo, esta demora no convierte automáticamente la tutela en procedente; lo crucial es si, considerando la situación específica del demandante, dicho proceso resulta ineficaz para prevenir la vulneración de derechos fundamentales.

En línea con esta consideración, la Corte ha sido enfática en señalar que, al momento de determinar si un funcionario que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción puede ser considerado parte de un grupo sujeto a especial protección constitucional, es necesario realizar un ejercicio riguroso de ponderación. Esta evaluación no puede hacerse de manera genérica ni automática, sino que debe partir del análisis concreto y detallado de las circunstancias fácticas particulares de cada caso.

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado se ha pronunciado, sobre la posibilidad de gozar de estabilidad laboral reforzada cuando se es prepensionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, y aclara ciertos límites a la discrecionalidad del nominador frente a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Si bien, los cargos de libre nombramiento y remoción se basan en la confianza requerida para el cargo y el acto administrativo que declare la insubsistencia de este servidor público no requiere motivación, el Consejo de Estado en Sentencia 00285 de 2016 guarda claridad sobre este asunto y refiere que

Los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. (Consejo de Estado, 2016)

No obstante, lo anterior, jurisprudencialmente se han establecido ciertos límites a la facultad discrecional del nominador, los cuales se encuentran establecidos en la necesidad de que la decisión esté alineada con los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, además de ser proporcional a los hechos que justifican dicha decisión. En esta misma sentencia se establece que,

Será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público, pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado. (Consejo de Estado, 2016)

Lo expuesto hasta ahora implica que, aunque en los cargos de libre nombramiento y remoción el principal criterio sea la confianza en el funcionario y el buen servicio, y aunque su retiro pueda justificarse por la mejora en la calidad del servicio, el acto administrativo que declare la insubsistencia del cargo no puede depender únicamente del arbitrio del nominador. Dicho acto debe, en cambio, realizar un ejercicio de ponderación razonable, adecuada y proporcionada, entre el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los empleados en fuero de prepensión y el interés general de garantizar el buen funcionamiento del servicio, sobre ello el Consejo de Estado menciona:

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. (Consejo de Estado, 2016)

En este sentido, el Consejo de Estado, en la Sentencia con radicado 25000-23-25-000-2012-00232-01(2280-18) del veintisiete de noviembre de dos mil veinte (2020), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, realizó un análisis jurisprudencial detallado sobre la aplicación del fuero de prepensionado en el contexto de los cargos de libre nombramiento y remoción. En dicho fallo, la corporación precisó las condiciones bajo las cuales puede reconocerse esta protección especial, sin que ello implique la eliminación total de la facultad discrecional del nominador. El análisis parte de la necesidad de armonizar los derechos fundamentales del servidor público con el interés general y la naturaleza del cargo desempeñado, estableciendo criterios claros que deben ser considerados en cada caso concreto. Así, el Consejo señaló:

Las reglas jurisprudenciales que se definieron son: i) la condición de prepensionado la tienen los funcionarios que les falten 3 o menos años para reunir los requisitos a la pensión; ii) esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario; y, iii) la protección de estabilidad laboral de pre-pensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.(Consejo de Estado,2020)

De este modo, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han coincidido en que este tipo de vinculación laboral se caracteriza por una estabilidad precaria. Esta figura se sustenta principalmente en la confianza que el nominador deposita en el funcionario, lo cual implica que su permanencia en el cargo puede ser terminada de manera discrecional. En este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que la remoción de estos funcionarios no requiere motivación específica, dado que su designación responde a criterios de confianza y conveniencia institucional.

Sin embargo, esta regla general admite excepciones cuando el servidor público se encuentra en una situación de especial protección constitucional, como ocurre con quienes están próximos a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez. En particular, cuando al funcionario le faltan menos de tres años para completar las semanas requeridas para acceder a dicha pensión, la Corte y el Consejo han reconocido la existencia de una expectativa legítima que debe ser protegida. Esta condición da lugar a la aplicación del fuero de prepensionados, el cual impone límites a la facultad discrecional del nominador, en aras de evitar una afectación desproporcionada a los derechos fundamentales del trabajador.

En este contexto, ambos tribunales coinciden en la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales del funcionario como el mínimo vital, la igualdad y la seguridad social y el interés general que orienta la gestión eficiente del servicio público. La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que esta valoración no puede hacerse de forma genérica o automática, sino que exige un análisis detallado de las circunstancias particulares del caso, tomando en cuenta factores como la edad, el tiempo faltante para la pensión, y la situación socioeconómica del servidor. De igual manera, el Consejo de Estado ha sostenido que, aun tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, el acto administrativo de insubsistencia debe observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, evitando decisiones arbitrarias que comprometan derechos fundamentales.

Adicionalmente, en cuanto a los mecanismos de protección judicial, la Corte Constitucional ha considerado procedente la acción de tutela de manera excepcional, como mecanismo transitorio, en aquellos casos en los que resulte necesario evitar un perjuicio irremediable. Esta posibilidad requiere una valoración específica sobre la eficacia real de los medios judiciales ordinarios, atendiendo a las condiciones particulares del solicitante.

## Conclusiones

1. La Constitución Política de 1991 marcó un cambio profundo en el derecho laboral colombiano, al reconocer la protección del trabajo como un valor constitucional y fortalecer los derechos de quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Ante la ausencia de un estatuto laboral integral, la Corte Constitucional ha tenido un papel decisivo al desarrollar el principio de progresividad y consolidar la estabilidad laboral reforzada como una garantía frente a la terminación injustificada del vínculo laboral.

En este contexto, el fuero de Prepensionados tuvo origen en la Ley 790 de 2002 y se consolidó jurisprudencialmente en la Sentencia SU-003 de 2018, se ha convertido en una herramienta clave para proteger a los trabajadores que están próximos a pensionarse. Su finalidad es asegurar que puedan cumplir los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, evitando que decisiones administrativas o empresariales les impidan alcanzar ese derecho. Este fuero protege no solo el acceso a la pensión, sino también el mínimo vital, la igualdad y la dignidad humana. Así, la estabilidad laboral reforzada, y en especial el fuero de prepensionados, se consolidan como un punto de equilibrio entre la autoridad administrativa y la justicia social, garantizando que el derecho al trabajo y a una vejez digna prevalezcan sobre decisiones arbitrarias. Para gozar del mismo, se deben cumplir con los siguientes requisitos: 1) encontrarse dentro de los últimos tres años para cumplir con las semanas requeridas como requisito pensional, dentro de los últimos tres años para cumplir con el requisito de edad; 2) que se vulnere efectivamente el mínimo vital y móvil; y 3) avisar al empleador o entidad pública de la persona goza del mismo.

2. El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia dispone que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes se vinculan al Estado bajo diferentes formas jurídicas, los empleados públicos a través de una relación legal y reglamentaria, y los

trabajadores oficiales mediante una relación contractual laboral. De igual forma los empleados públicos, se caracterizan entre los que ingresan al servicio a través del concurso de méritos (carrera administrativa), y los que están excluidos de esta regla general como lo son los empleados de libre nombramiento y remoción entre otros.

3. En el marco del Derecho Administrativo Colombiano, el estudio del régimen jurídico aplicable a los servidores públicos, y en particular a los cargos de libre nombramiento y remoción, permite concluir que estos constituyen una excepción legítima al sistema de carrera administrativa, sustentada en la necesidad de garantizar la confianza y eficacia en el ejercicio de funciones estratégicas para la gestión estatal. Su naturaleza jurídica, caracterizada por la vinculación y desvinculación discrecional del nominador, se encuentra respaldada por la Constitución y la Ley, pero su ejercicio no es absoluto, pues la jurisprudencia constitucional y contenciosa ha delimitado su alcance para evitar arbitrariedades y proteger derechos fundamentales, especialmente frente a sujetos de especial protección. Así, la denominada “discrecionalidad restringida” emerge como un mecanismo de equilibrio entre la flexibilidad administrativa y el respeto por los principios del Estado social de derecho, exigiendo que, aun sin motivación formal del acto de insubsistencia, existan razones objetivas y verificables que sustenten la decisión, en consonancia con los fines del servicio público y la salvaguarda de la legalidad.
4. Sí existen límites jurídicos a la discrecionalidad del nominador para declarar la insubsistencia de un funcionario público de libre nombramiento y remoción cuando este goza de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado; estos límites han sido trazados principalmente por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quienes han precisado que, si bien el nominador puede nombrar y retirar libremente conforme al artículo 125 de la Constitución y al artículo 41 de la Ley 909 de 2004, su facultad no es absoluta. En primer lugar, el acto de retiro debe ejercerse conforme a los fines del servicio público y al principio de legalidad; en

segundo lugar, aunque la Ley no exige motivación escrita, debe existir una motivación restringida, sustentada en razones objetivas y verificables. Además, la decisión de retiro debe buscar el mejoramiento del servicio público y no responder a intereses personales o arbitrarios. En cuanto a la permanencia en el cargo, se exige una ponderación razonable y proporcional entre el interés general y los derechos fundamentales del servidor, especialmente el mínimo vital y la seguridad social. Finalmente, el control judicial de estos actos se garantiza mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y, de forma excepcional, a través de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

## Referencias

- Almanza Junco, J. E. (2021). Constitucionalización de los derechos laborales a través del desarrollo jurisprudencial en el caso de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada. *Revista de Estudios SocioJurídicos*, 23(1), 1-17. [Publicación electrónica previa a la impresión]  
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10026>
- Concepto 066901 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública - Gestor Normativo. (s. f.). Función Pública.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=241336>
- Consejo de Estado.(2016). Sentencia 00285 de 2016. [Sentencia].  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71353>
- Consejo de Estado.(2020). Sentencia 25000-23-25-000-2012-00232-01(2280-18). [Sentencia].  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71353>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia.  
<https://www.constitucioncolombia.com/>
- Corte Constitucional.(1998).Sentencia C-016 de 1998. [Sentencia].  
<https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-016-98.htm>
- Corte Constitucional.(2011).Sentencia SU-448 de 2011. [Sentencia].  
<https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/su448-11.htm>
- Corte Constitucional.(2013).Sentencia SU-071 de 2013. [Sentencia].  
<https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/su071-13.htm>
- Corte Constitucional.(2014).Sentencia T-686 de 2014. [Sentencia].  
<https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-686-14.htm>
- Corte Constitucional.(2016).Sentencia T-357 de 2016. [Sentencia].  
<https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-357-16.htm>
- Corte Constitucional.(2018).Sentencia SU-003 de 2018. [Sentencia].  
<https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/su003-18.htm>

Decreto 1083 de 2015 Sector de Función Pública - Gestor Normativo. (n.d.).

Función Pública.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2023, 22 de marzo).

Concepto No. 116431 [Concepto administrativo]. Departamento

Administrativo de la Función Pública. Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=212090>

Gómez Zuleta, C. G., & López Rangel, C. E. (2023). Los límites de nominador para la declaración de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción cuando el titular tiene fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Institucional PUJ.

<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/65877>

Jacome Velásquez J. A. (2018). Estabilidad laboral reforzada. Universidad Católica de Colombia, Bogotá. Recuperado de <https://hdl.handle.net/10983/21203>

Jaramillo Aristizábal, M. (2019) El verdadero alcance que tiene la figura de estabilidad laboral reforzada en pre-pensionados para los trabajadores colombianos. Recuperado de:

<https://ridum.umanizales.edu.co/handle/20.500.12746/6572>

Muñoz Avila, G y González Maigual, L. (2024). ¿Qué es la estabilidad laboral reforzada en Colombia, cuál es su orden y desarrollo en función de las disposiciones Constitucionales?. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, Derecho, Ibagué. Disponible en:

<https://hdl.handle.net/20.500.12494/57761>

Naranjo Mejía, N. (2006). Estabilidad laboral reforzada. Un mecanismo de protección para la igualdad de los discapacitados físicos. Revista derecho del Estado, (19), 157–170. Recuperado a partir de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/721>

Rodríguez Gutiérrez, M y Linares Díaz, J. (2024). La Discreción Para Los Cargos Del Libre Nombramiento Y Remoción En Colombia. Universidad la Gran

Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. Disponible en:

<https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/6a2d626b-836f-4be0-9b9b-34160807649f/content>

Sánchez Cabrera, J. A. (2019). Análisis de la estabilidad laboral reforzada en la jurisprudencia constitucional colombiana 2000 – 2018. Universidad Politécnico Gran Colombiano, Facultad Negocios, Gestión y Sostenibilidad, Bogotá. Recuperado de <https://alejandria.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/1516/SANCHEZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>