



Función Pública

Concepto 357141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000357141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000357141

Fecha: 29/09/2021 08:17:31 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Empleado de libre nombramiento y remoción incapacitado por 180 días. Radicado: 20212060613242 del 07 de septiembre de 2021.

De acuerdo a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de retirar del servicio a un funcionario titular de un empleo de libre nombramiento y remoción que ya cumplió los 180 días incapacitado, y fue trasladado a la Administradora de Fondos de Pensiones AFP, pero no presenta renuncia y no se ha podido liberar el recurso para suplir la necesidad funcional de la entidad de la oficina jurídica y de procesos, en la cual se nombró un nuevo servidor público sin afectar los derechos fundamentales del titular incapacitado por enfermedad común, me permito indicarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2015, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos la legalidad de las actuaciones de las entidades, estas declaraciones le corresponden a los Jueces de la República.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante, procederemos a explicar de manera general que, en relación con la naturaleza jurídica de los empleos de libre nombramiento y remoción, la Constitución Política dispuso:

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

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

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

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

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción". (Subrayado fuera del texto original)

De otra parte, la Ley 909 de 2004, dispuso lo siguiente como causales del retiro del servicio, a saber:

"ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)"

En el mismo sentido, el Decreto 1083 de 2015, sobre la vacancia definitiva de los empleos considerados de libre nombramiento y remoción, dispuso:

"ARTÍCULO 2.2.5.2.1 Vacancia definitiva. El empleo queda vacante definitivamente, en los siguientes casos:

(...)

2. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.

(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (Subrayado fuera del texto original)

El Consejo de Estado por su parte, mediante sentencia se pronunció en los siguientes términos frente a la procedibilidad de la declaratoria de insubsistencia de un empleado nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción, a saber:

“La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”.

La misma corporación en sentencia, esta vez sobre el contenido del acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado de libre, concluyó:

“En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio”. (Subrayado fuera del texto original)

A su vez, en relación con la facultad o margen de libertad de la administración para elegir a sus funcionarios, estableció esta corporación:

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

Por último, frente a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran próximos a pensionarse aplicable para los empleados de libre nombramiento y remoción, expuso esta Sala de lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b. 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”², 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.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el

legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

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

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

Es importante referenciar, en materia de la estabilidad laboral reforzada que, la Ley 790 de 2002, y el Decreto 190 de 2003, han previsto la figura del "retén social" a fin de proteger a las madres y/o padres cabezas de familia, personas en situación de discapacidad y pre pensionados independiente del nivel a que pertenezcan. No obstante, la figura del retén social como estabilidad laboral reforzada se circunscribe específicamente a los programas de Renovación o Reestructuración de la Administración Pública del orden nacional razón por la cual, no es aplicable al caso materia de consulta.

Por lo tanto, de las normas precedentemente transcritas y jurisprudencia citada, se tiene entonces que los empleos pertenecientes a los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, se exceptúan los de elección popular, los de los trabajadores oficiales, y como para su caso en concreto, los de libre nombramiento y remoción. El retiro del servicio para quienes ocupan la titularidad de empleos públicos se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño, por violación al régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En esos términos, como causal del retiro del servicio y la procedente vacancia definitiva de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 dispusieron que, será por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, y la competencia para efectuar su remoción es discrecional y se efectuará mediante acto administrativo no motivado.

Es de precisar que los empleados de libre nombramiento y remoción, como en su literalidad puede entenderse, podrán ser libremente nombrados y removidos del empleo en que se desempeñan en ejercicio del poder discrecional que tiene la administración para escoger a sus colaboradores, puesto que ocupan cargos de dirección y/o confianza dentro de la entidad u organismo, por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera administrativa.

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

Por lo tanto, le corresponde a cada administración evaluar cada caso en particular, realizando un ejercicio de ponderación, a efectos de evitar vulnerar los derechos de los empleados en situación de discapacidad o próximos a cumplir los requisitos exigidos para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Finalmente, para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*
2. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*
3. Consejo de Estado, Sección Segunda, 19 de enero de 2006, Radicado número [2002-00188-01](#), Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.
4. Consejo de Estado, Sección Segunda, 04 de noviembre de 2008, Sentencia Número: 4425-2004, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.
5. Consejo de Estado, Sección Segunda, 08 de mayo de 2008, Radicado número. [70001-23-31-000-2001-01370-01 \(2447-07\)](#), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
6. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 29 de febrero de 2016, Radicado número [050012333000201200285-01 \(3685-2013\)](#), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.
7. *"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".*

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:26:55