



Concepto 49101 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000049101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000049101

Fecha: 07/02/2020 04:48:31 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia de empleados de libre nombramiento RADICACION. 2020-206-001079-2 del 9 de enero de 2020.

En atención a su oficio de la referencia, en relación la declaratoria de insubsistencia de un empleado público de libre nombramiento y remoción que padece de una enfermedad y que se encuentra en incapacidad, le manifiesto que el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

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

(...)

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

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

Los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.

Con respecto a la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004¹, expresa:

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

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)

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

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

La insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. A la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegar cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, afirmó:

"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"

Es importante resaltar que el acto de declaratoria de insubsistencia goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

El Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N°:70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), expresó en relación con la insubsistencia de los funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción:

"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." (Negrita fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se considera viable declarar la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio. Se reitera que el acto por el cual se declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no es motivado.

La Corte Constitucional en Acción de tutela interpuesta por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación, se pronunció mediante Sentencia T-372/12 del 16 de mayo de 2012, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, se expresó en relación con la insubsistencia de los funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción, en los siguientes términos:

3.1. Las personas con discapacidad en los cargos de libre nombramiento y remoción.

Lo primero que debe dejar sentado este Tribunal es que la protección especial de quienes por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta proviene directamente de la Constitución y de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (art. 93 superior), por lo que su garantía no depende de un desarrollo legislativo o reglamentario. En efecto, el artículo 13 de la Constitución enuncia:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan." [Subrayas fuera del texto].

(...)

En múltiples pronunciamientos se ha reconocido por este Tribunal (entre otras las sentencias T-263 de 2009 y T-513 de 2006), que quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición física o mental, no son solo aquellos que han sido calificados médica y como *"limitados físicos, síquicos, inválidos o discapacitados"*², sino que se hace extensivo a todos los trabajadores que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la afectación de su estado de salud³. Es necesario erradicar la idea de que la especial protección solo se presenta cuando existe una pérdida de capacidad laboral de más del 50%. En este último evento la persona no tendría capacidad de trabajar y sería merecedora de una pensión de invalidez.

Siendo claro para la Sala el mandato superior de proteger a las personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y la concepción amplia del concepto de discapacidad, pasa la Corte a hacer alusión a la forma en la cual estos dos elementos influyen en la limitación del ejercicio de las facultades discrecionales en materia laboral.

Lo primero que habrá de indicarse es que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagró expresamente un freno al ejercicio de cualquier facultad otorgada a los nominadores, al prohibir que en ningún caso una limitación física puede ser motivo para obstaculizar un vínculo laboral o ser una razón para el despido, sin importar el tipo de vínculo laboral. En efecto, reza dicha norma:

(...)

Con este mandato expreso, el legislador reconoció lo que la Corte ha denominado una *"estabilidad laboral reforzada"* de las personas con discapacidad, la cual aplica inclusive para aquellos casos en donde la naturaleza del vínculo implica una estabilidad precaria, como son los cargos de libre nombramiento y remoción. De ahí que la Corte hubiera sostenido en la sentencia T-292 de 2011 que: *"En atención a la tesis anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador que se encuentre en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta".* Empero, también debe señalarse que esta subregla no es absoluta por cuanto pueden existir razones objetivas que justifiquen constitucionalmente el despido, cuya carga corresponderá al empleador.

(...)

"Solo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al

conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13). (...)

(...)

13. Con respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales.”

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción que se encuentre incapacitado, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴.

Finalmente, le corresponderá a la Administración evaluar cada caso en particular realizando un ejercicio de ponderación, a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado que padece una enfermedad catastrófica cuando median circunstancias de debilidad manifiesta, determinar la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción.

Para mayor 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: Ruth González Sanguino

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

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. Este criterio encuentra respaldo en lo previsto en el numeral 1º del artículo 1º del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, incorporado en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 82 de 1988: "A los efectos del presente convenio, se entiende por "persona inválida" toda personas cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida."
3. En la sentencia T-263 2009 y T-513 de 2006
4. "ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:19:04