



Función Pública

Concepto 301851 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000301851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000301851

Fecha: 10/07/2020 02:45:53 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEOS: Retiro de libre nombramiento y remoción. Rad.20209000243192 de fecha 10 de junio de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual manifiesta que una empleada del municipio cuenta con 39 años de servicio continuo y con 64 años de edad, la cual cumplió requisitos de pensión desde el año 2016, más adelante indica que la administración del Municipio de Santa Rosa de Viterbo, en el año 2016 clasificó el mencionado empleo el cual era de carrera administrativa a ser de libre nombramiento y remoción, por lo cual, consultan si ahora al ser de libre nombramiento y remoción pueden retirar a esa empleada toda vez que manifestó su intención de quedarse hasta los 70 años, frente a lo anterior, me permito manifestarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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 sobre casos particulares que le corresponde establecer a los jefes de talento humano de las entidades. No obstante, nos permitimos de manera general manifestarle lo siguiente sobre el particular:

EL ARTÍCULO 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

De acuerdo con lo anterior, los empleados 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, de acuerdo con lo que determine la ley.

Con respecto a los empleos de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, consagra:

“ARTÍCULO 5º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

“(…)”

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

(...)

De conformidad con lo anterior, tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los otros criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

En el caso concreto, se pone de concreto la situación de si una servidora pública nombrada mediante acto administrativo, en un empleo de carrera administrativa y luego la administración clasifica este empleo en libre nombramiento y remoción y en consecuencia, nombra nuevamente a este mismo empleado en un empleo de libre nombramiento y remoción, en el evento que el empleado hubiese tenido derechos de carrera administrativa, perderá tal situación y al omento de la posesión estará frente a una nueva naturaleza de empleo que es de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, con relación a su consulta si el empleado de libre nombramiento y remoción puede ser retirado del servicio, el cual cumplió requisitos de pensión, pero manifestó su interés de permanecer en el empleo hasta los 70 años, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, 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.

(...)

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, 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 razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Es así como, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, 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 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". (Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, 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. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio 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"

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

"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 de texto)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; la cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar 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.

Adicionalmente se indica que, con la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19, y la expedición de los decretos para afrontar dicha emergencia, no se modificaron las normas sobre administración de personal y en tal sentido, tampoco sufrió modificación alguna las disposiciones sobre retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Finalmente, sobre la posibilidad de retirar a un empleado de libre que se encuentra próximo a pensionarse me permito traerá colación el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la cual señala:

"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:

"(...)"

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

(Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente).

“(…)”

g) Por edad de retiro forzoso; (...)” (Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse, las causales de retiro del servicio son autónomas e independientes, el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez procede una vez la persona está incluida en la nómina de pensionados correspondiente; en tanto que la causal de desvinculación por edad de retiro forzoso procede conforme con una simple aplicación objetiva por el cumplimiento de la edad legalmente consagrada. En consecuencia, el empleado de libre nombramiento y remoción que ya obtuvo la pensión de jubilación por vejez, estaría incurso en la causal del retiro del servicio consagrada en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link </eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema. De otra parte, le indico que en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito del covid-19.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:21:41