

**Función Pública**

Concepto 236411 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000236411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000236411

Fecha: 30/06/2022 08:44:34 a.m.

Bogotá

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción. RAD.: 20229000222022 del veintisiete (27) de mayo de 2022

En atención a la radicación de la referencia, en la cual se consulta sobre, si es posible que pueda declararse insubsistente a una empleada de libre nombramiento y remoción de una contraloría territorial a sabiendas que esta cuenta con un estatus de prepensionada, ya que le falta tan solo 16 meses para obtener la edad obligatoria de 57 años. Me permito manifestarle lo siguiente.

Previamente debe indicarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares no es competencia de este Departamento y corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal. De allí no le es procedente a este Departamento intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones.

Al respecto del caso en concreto debemos hacer alusión a la normativa sobre la calidad del cargo de libre nombramiento y remoción, frente a la cual cabe destacar lo señalado en la Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el Artículo 125, dispone:

“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)

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 contenido 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.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta dirección jurídica puede concluir 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 y en dicha facultad no se ve limitada por la condición de prepensionada del empleado, luego si es posible el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción que se encuentra próximo a pensionarse.

Para más información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link /web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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

Proyecto: Pablo C. Díaz B.

Reviso: Harold Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:29:40