



# Concepto 094201 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000094201\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000094201

Fecha: 17/03/2021 12:00:33 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA - RETIRO DEL SERVICIO - empleado de libre nombramiento y remoción - Retiro en emergencia declarada por el COVID 19 - RADICADO: 20212060112662 del 2 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta “*si el concepto q [sic] Función Pública emitió en junio del año pasado, adjunto a este correo, relacionado con la favorabilidad para declaratoria de insubsistencia a funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción en época de pandemia, está vigente o ha tenido ajustes de acuerdo con la jurisprudencia [sic] q cobija la materia*”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que el concepto No. [273341](#) de 2020 traído a colación en su consulta, señaló lo siguiente:

En consecuencia 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, quiere esto decir que para el presente caso, este tipo de empleados públicos pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores.

De acuerdo a lo anterior esta Dirección Jurídica concluyó que, con la expedición de las normas para afrontar la emergencia declarada por el Covid19, en especial con el Decreto [491](#) de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica*”, no se modificaron las normas sobre administración de personal, así como tampoco las disposiciones sobre retiro del servicio de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, por lo que, tanto las causas como el procedimiento para el retiro del servicio de dichos servidores seguirá rigiéndose por las normas legales pertinentes.

En dicho sentido, el artículo 41 de la Ley [909](#) de 2004<sup>1</sup>, 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.

En reciente jurisprudencia, la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, con Consejero ponente: César Palomino Cortés mediante sentencia del 20 de noviembre 2020<sup>2</sup> dispuso:

"Ahora bien, el literal a) y parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

"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:

1. 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 de texto)

Al respecto, al nominador le está permitido disponer libremente su provisión y retiro, sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar la decisión, en donde la discrecionalidad debe ser ejercida racional, proporcional y en forma razonable. En tal sentido, se ha establecido como límites para el ejercicio de la facultad discrecional: i) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; ii) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y iii) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa<sup>3</sup>, en concordancia a lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>4</sup> No obstante lo anterior, es de competencia de las partes desvirtuar o probar, según sea el caso, la presunción de legalidad de la cual se encuentran revestidos todos los actos administrativos.

(...)

La Corte Constitucional mediante sentencia C - 734 de 2000, al estudiar la constitucionalidad sobre la expresión normativa "sin motivar la providencia", la encontró exequible sin condicionamiento alguno, al considerar que:

"7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a

esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

(...)" (Destacado fuera del texto original)

En igual sentido, la misma corporación, con Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, mediante fallo del 14 de agosto de 2020<sup>5</sup>, señaló:

"El artículo 125 de la Constitución Política dispone que «*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.*».

Respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, en términos generales, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004<sup>6</sup>, norma que regula el empleo público, prevé que son aquellos que corresponden a (i) la dirección, conducción y orientación, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices institucionales, tanto en la administración central del nivel nacional, como en los órganos de control del nivel territorial y descentralizados; (ii) los que impliquen especial confianza, tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo a determinados funcionarios, y adscritos a su despacho, en la administración central del nivel nacional, órganos de control territorial y descentralizados; (iii) cuyo desempeño involucra la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; (iv) los que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos; (v) que tengan funciones de asesoría en las mesas directivas de las asambleas departamentales y de los concejos distritales y municipales; y (vi) de especial confianza con funciones de asesoría institucional adscritos a las oficinas de los secretarios de despachos, directores de departamentos administrativos y gerentes en los departamentos, distritos especiales y municipios y distritos de categoría especial y primera.

Ahora bien, la vinculación del personal, que ocupe empleos de libre nombramiento y remoción, se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar las funciones del cargo, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general, sin que con ello quiera decir que el acto mediante el cual se declara la insubstancia deba contener una motivación expresa.

Asimismo, esta Colegiatura ha sostenido que el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción no confiere fúero de inamovilidad o prerrogativa de permanencia alguna al empleado que lo ocupa<sup>7</sup>, por tanto, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que la ley le otorga podrá removerlo libre y prudencialmente, bajo la presunción legal de que se expide en aras de un mejor servicio público del que es responsable como director de la entidad que regenta. (Destacado fuera del texto original)

De acuerdo a las causales legales y en virtud las anteriores jurisprudencias, al nominador le está permitido disponer libremente la provisión y el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar la decisión.

Así mismo señala la jurisprudencia que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Constitución Política, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

Por lo anterior, frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador goza de facultad discrecional para disponer su vinculación y retiro; potestad que se presume ejercida con el fin de lograr el mejoramiento del servicio público.

En consecuencia, con lo esbozado en el presente escrito, esta Dirección Jurídica reafirma lo señalado en el concepto No. 273341 de 2020, resaltando que, con la expedición de los decretos para afrontar la emergencia económica declarada por el COVID19, no se modificaron las normas sobre retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción, y en tal sentido, para el presente caso, este tipo de empleados públicos pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores.

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 permite 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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

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. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01621-01(1223-18) / Actor: MARCO JAVIER CORTÉS CASALLAS / Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / Referencia: INSUBSTENCIA
3. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de enero de 2020 con ponencia del doctor Rafael Francisco Suárez Vargas dentro del expediente No. 540012333000201400135-01 (3598 - 2015), Actor Luis Alfonso Rondón Márquez.
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.*
5. Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00249-01(1937-16) / Actor: GLORIA PATRICIA GAVIRIA ESPINOSA / Demandada: INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS
6. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y otras disposiciones».
7. *Entre otras, ver sentencia de 23 de febrero de 2006, expediente 25000-23-25-000-2002-01649-01 (7195-05), con ponencia del entonces consejero de Estado Jaime Moreno García (sección segunda, subsección A).*

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:30:46