



Concepto 435411 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000435411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000435411

Fecha: 28/06/2024 11:12:20 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – RETIRO Radicación No. 20242060449002 del 30 de mayo de 20204.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta en relación con la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, para lo cual me permito manifestarle que:

Al respecto, 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)

El artículo 23 de la Ley 909 de 2004, dispone que los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley; lo que indica que el nombramiento en uno de estos cargos es facultativo del nominador, siempre y cuando la persona designada cumpla los requisitos legales exigidos para el cargo.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el numeral 2 del párrafo 2 de la misma disposición, señalan que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción se produce, entre otros casos, por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento; y la competencia para efectuar la remoción en este tipo de empleo, es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado; contrario a lo dispuesto frente al retiro de los empleos de carrera, cuyo párrafo dispone que es reglada la competencia para el retiro de estos empleos de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

En consecuencia, los empleados vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder

discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que tienen asignadas funciones de dirección y/o confianza dentro de la respectiva entidad pública.

Igualmente, la insubsistencia del nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción, 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 llegarse 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 expide con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; materia esta sobre la cual, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia con Radicado 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)

Así mismo, 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." (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C - 957 de 1999, sobre los efectos jurídicos de los actos administrativos señaló lo siguiente:

"De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el mismo momento en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante, mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación...". (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, como se indicó, el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción, mediante el cual se retira del servicio a su titular, no requiere de motivación, no obstante, para dar cumplimiento a la decisión adoptada mediante dicho acto administrativo, será necesaria la comunicación del mismo, al respectivo servidor, y a partir del día siguiente de la comunicación, producirá efectos jurídicos, tanto para la administración como para el servidor.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio al empleado de libre nombramiento al cual se refiere, por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el respectivo empleo, deberá ser comunicado a dicho servidor, y a partir del día siguiente a la fecha de comunicación produce sus efectos jurídicos respecto de las partes.

Para más 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 enlace <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

Fecha y hora de creación: 2026-02-12 10:11:02