



**Función Pública**

## Concepto 147841 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20146000147841\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000147841

Fecha: 27/10/2014 04:47:30 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: VARIOS. Observaciones al Proyecto de Ley No. 058 de 2014 Cámara, por medio de la cual se modifica el régimen de escogencia y remoción de los empleados de naturaleza gerencial, y se dictan otras disposiciones.

En atención a su oficio de la referencia, por el cual se solicita que se conceptúe sobre la viabilidad del proyecto de ley "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL RÉGIMEN DE ESCOGENCIA Y REMOCIÓN DE LOS EMPLEADOS DE NATURALEZA GERENCIAL, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", se considera lo siguiente:

1.- El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

*"ARTÍCULO 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.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*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.

Tal como lo señala el artículo 125 Constitucional, excepcionalmente los empleos se clasifican como de libre nombramiento y remoción, siempre que correspondan a uno de los siguientes criterios, determinados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004:

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices;
- b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de determinados funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos;
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;
- d) Los empleos 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;
- e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;
- f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera;

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 909 de 2004 señala que los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán el carácter de empleos de gerencia pública.

También define en su numeral 2 que los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el Título VIII.

La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, diferentes de:

- a) En el nivel nacional a aquellos cuya nominación dependa del Presidente de la República;
- b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director, gerente; rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos.

Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados.

2.- 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 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", 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 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, 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".*

La misma Corporación 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".*

De acuerdo con lo anterior, se podrá declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario de libre nombramiento y remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio.

El Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia del 8 de mayo de 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.”* (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se podrá declarar la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio. Puede llegarse a la decisión de la declaratoria de insubsistencia cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

3.- Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, frente a la propuesta de articulado modificatorio de los artículos 49 y 50 de la Ley 909 de 2004, en criterio de este Departamento el numeral 1 del artículo 49 de la Ley 909 de 2004 debe seguir conservándose el principio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza la provisión de los empleos de libre nombramiento, sin dejar de lado que la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

Lo anterior dado que dar un tratamiento diferente, privando al nominador de la facultad discrecional en la provisión de estos empleos, implicaría mutar la naturaleza de los de libre nombramiento y remoción para que se conviertan en empleos de carrera.

También se considera que la obligación de escoger a la persona que ocupe el primer lugar en el proceso de selección previamente realizado, tal como se propone en el Parágrafo del artículo 49 de la mencionada Ley 909, entraña que el nominador no tendrá poder de decisión sobre la designación y ya no será de libre nombramiento, porque se verá en la obligación de designar a quien ocupe el primer puesto en la lista de elegibles que se conforme.

Las modificaciones introducidas en los numerales 1 y Parágrafo del artículo 49, implicarían que los empleos de gerentes públicos no sean 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”, expresa:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

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.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con el modelo de administración pública consagrado en la Carta Política de 1991, uno de sus postulados básicos es el ingreso a los empleos de carrera administrativa por medio de concurso de méritos. En este orden de ideas, si la provisión de un empleo de Gerencia pública

se realiza mediante el sistema de mérito eliminando el elemento de la facultad discrecional del nominador para escoger su equipo de trabajo, la naturaleza del empleo cambiaría, para que sea considerado un empleo de carrera administrativa.

Con respecto a la modificación que se propone introducir al Parágrafo del artículo 50 de la Ley 909 de 2004, se considera que la misma limita la discrecionalidad del retiro del gerente público, desnaturalizando este tipo de empleos.

Por estas razones, consideramos importante que se tenga en cuenta que el hecho de que un empleo de gerencia pública se clasifique como de libre nombramiento y remoción implica facultad discrecional de su nominador en su designación y su retiro; de lo contrario, se desnaturalizaría el empleo mismo.

En los anteriores términos este Departamento rinde su concepto frente al proyecto de ley propuesto. Quedamos atentos para asesorar en los temas que se consideren pertinentes.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

---

*Fecha y hora de creación: 2025-09-18 09:18:26*