



**Función Pública**

## Concepto 090041 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000090041\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000090041

Fecha: 04/03/2020 09:47:31 a.m.

Bogotá, D.C.,

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Notificación o comunicación del acto administrativo de insubsistencia de nombramiento en empleo de libre nombramiento y remoción. RAD.: 20209000046142 del 04-02-2020.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta sobre cómo debe notificarse el acto administrativo de insubsistencia del nombramiento en el cargo de Secretario Ejecutivo del Despacho del alcalde; si basta con una simple comunicación sin que se anexe el acto administrativo de insubsistencia; qué consecuencias tiene el hecho de no darse a conocer el acto administrativo de insubsistencia; y si puede comunicarse la insubsistencia en un día no hábil a las siete y media de la mañana.

Previo al análisis y absolución de la consulta, se considera pertinente precisar que por estar el cargo de Secretario Ejecutivo Código 438, Grado 09, adscrito al despacho del alcalde municipal, según informa, se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con los criterios establecidos en el literal b) del numeral 2 del artículo 5º de la Ley 909 de 2004, según el cual los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato del alcalde municipal, son de libre nombramiento y remoción.

Sobre el tema se precisa lo siguiente:

En este orden de ideas, es pertinente precisar, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, 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 expidió 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 Nº: [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; pudiendo este último impugnar la decisión a través de las acciones legales que considere procedentes y dentro de los términos legales.

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. En este caso, si no se anexa el acto administrativo de insubsistencia, el servidor o exservidor público, como en este caso, podrá solicitar copia o fotocopia de dicho acto y la administración está en el deber y la obligación de expedirla en los términos legales.

Este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas que tiene el hecho de no anexar el acto administrativo de retiro del servicio a la comunicación mediante la cual se le informa al servidor dicha decisión.

Será procedente que la administración comunique al servidor su retiro del servicio en un día no hábil, no obstante, en este evento, se considera que para efectos de cualquier acción legal que quiera ejercer el exservidor frente a esta decisión de la administración, se deberá tener como recibida por el destinatario el primer día hábil siguiente al del recibo, y los términos se cuentan a partir siguiente día hábil a éste.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página [webwww.funcionpublica.gov.co/eva](http://webwww.funcionpublica.gov.co/eva) en el link "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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:54:02*