



Concepto 250171 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000250171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000250171

Fecha: 16/06/2020 01:26:12 p.m.

Bogotá

REF. RETIRO DEL SERVICIO. INSUBSISTENCIA DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE LOS HOSPITALES PÚBLICOS, EN EL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, ECOLÓGICA Y SOCIAL DECRETADO POR EL GOBIERNO NACIONAL. RADICADO. 20202060212102 del 28 de mayo de 2020.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, relacionada con la posibilidad de retirar del servicio, en medio de la emergencia sanitaria, a un empleado de libre nombramiento y remoción de un Hospital Público, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 909 de 2004¹ señala en su artículo 1º la clasificación de los empleos públicos como de Carrera, Libre nombramiento y remoción, de Periodo fijo y temporales; el nombramiento en los empleos de libre, de acuerdo con el artículo 23 de la misma disposición se realiza mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la misma ley.

Respecto del retiro en dichos empleos, señala el artículo 41 que se hará por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015² establece en el título 11 “Del retiro del servicio”, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.1. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

1) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.

(...)

ARTÍCULO 2.2.11.1.2. De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin

motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña”.

Al respecto, el Consejo de Estado en la Sentencia 00063 de 2017 consideró:

“(…) tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, el legislador quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto no motivado, de tal suerte que el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste, procediera a la desvinculación, siempre y cuando la necesidad del mejoramiento del servicio así lo aconsejara. 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.

(...)

Descendiendo al caso controvertido, la Sala observa que el señor XXXXXX para el momento en que fue retirado de la entidad mediante declaratoria de insubsistencia, se encontraba desempeñando un cargo considerado de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, circunstancia que hacía procedente que el nominador válidamente lo retirara del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.

No obstante, lo anterior, es necesario precisar, que el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, es lo que le confiere al nominador la posibilidad para disponer libremente de su provisión y retiro, lo que supone que su elección es por motivos de índole personal o de confianza.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionado, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y en donde la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, en concordancia a lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio, se presumen expedido con fundamento en supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional y con el único objetivo de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general”.

De acuerdo con lo señalado, en razón a la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción, la vinculación, así como el retiro resultan discrecionales por parte del nominador, de manera tal que los Actos Administrativos de retiro se presumen expedidos con el fin de garantizar el buen servicio público, presunción legal que deberá ser desvirtuada en sede jurisdiccional, en caso de que se considere que el retiro obedece a razones diferentes al buen servicio y al interés general.

Así las cosas y en lo que tiene que ver con su interrogante relacionado con la expedición de alguna disposición en el marco de la emergencia social, ecológica y económica, que permita la estabilidad reforzada de los empleados de libre nombramiento y remoción de los Hospitales públicos, me permito informarle que hasta el momento no se ha expedido directriz alguna que modifique o suspenda temporalmente los apartes de la Ley 909 de 2004 o del Decreto 1083 de 2015 citados, razón por la cual, discrecionalmente se podrá hacer por parte de la administración el retiro de dichos empleados.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.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

Maia Borja/ALC

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. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:28:32