



# Concepto 051651 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000051651\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000051651

Fecha: 15/02/2021 01:52:44 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción. RADICACION. 20219000068932 de fecha 09 de febrero de 2021.

En relación a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita se emita una orientación o concepto para efectos de absolver interrogantes que se plantean en relación al retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, me permito manifestar lo siguiente frente a cada uno de sus interrogantes:

1. *El Fallo ordenó el reintegro del funcionario dando cumplimiento a la sentencia. ¿Esta persona puede ser removida del cargo nuevamente?*

En relación con el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción podemos traer de presente las causales de retiro consagradas en la Ley 909 de 2004;

*“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;*

*(...)*

*d) Por renuncia regularmente aceptada;*

*e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*

*f) Por invalidez absoluta;*

*g) Por edad de retiro forzoso;*

*h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*

- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
  - j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
  - k) Por orden o decisión judicial;
  - l) Por supresión del empleo;
  - m) Por muerte;
  - n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.
- (...)

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.” (Negrillas fuera del texto)

Por su parte el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, estableció:

“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.”

Atendidas las normas transcritas, cobra importancia el concepto de facultad discrecional que tienen las autoridades administrativas para remover libremente a estos funcionarios; sobre el particular la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-031 de 1995 -2, manifestó;

“Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.”

Así mismo la Ley 1437 de 2011, preceptuó en su artículo 44;

“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.”

Se colige entonces, de los apartes normativos y jurisprudenciales que la facultad discrecional es la habilitación que hace la Ley a la administración para adoptar decisiones libres, atendiendo la prevalencia del interés general, sin desconocer los principios de proporcionalidad y finalidad de la Ley.

Sin embargo y conforme al artículo 1 del Decreto 430 de 2016 es objeto del Departamento Administrativo de la Función Pública consiste en el: “fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación”. Por lo tanto, no es competente para pronunciarse sobre la viabilidad para la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción. Le corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

2. ¿Al desvincular al funcionario se estaría prevaricando al desconocer un fallo judicial?

En relación con el reintegro de un funcionario de libre nombramiento y remoción, por medio de la acción de tutela, es importante mencionar que

estos fallos judiciales una vez ejecutoriados son de obligatorio cumplimiento, sobre el particular el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece en su artículo 27;

*“ARTÍCULO 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.*

*Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.*

*En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”. (Negrilla fuera del texto)*

Por su parte, sobre la ejecutoria de los fallos judiciales, el Código General del Proceso en el artículo 302 estableció;

*“ARTÍCULO 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.*

*No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.*

*Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.”*

Así las cosas, tenemos que las autoridades responsables del agravio deben cumplir y en este caso cancelar lo ordenado por la Autoridad Judicial.

Ahora bien, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

3. ¿Así las cosas deben modificar los manuales de funciones y cambiar la modalidad de vinculación de los cargos de subdirectores?

Aunque en la consulta no hay claridad sobre la entidad a la que se está haciendo referencia, 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.”, establece:

*“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

*En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:*

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

(...)." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Conforme a la norma, el empleo de subdirector en la administración descentralizada del nivel territorial corresponde a un empleo de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en relación a la forma de vinculación de estos empleos, la Ley 909 de 2004, señala:

*"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)

Por lo tanto, la vinculación de los cargos de subdirectores en la administración descentralizada del nivel territorial, deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 23 de la ley 909 de 2004.

El Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales es una herramienta de gestión de talento humano que permite establecer las funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal de las instituciones públicas; así como los requerimientos de conocimiento, experiencia y demás competencias exigidas para el desempeño de estos, más no establece la modalidad de vinculación a los empleos, por lo tanto, no se deben modificar los mismos.

4. *¿Esa persona podrá ser removido o ser declarado insubsistente cuando los fundamentos facticos y hechos son análogos respecto a los hechos que originaron la demanda con el resultado de reintegro que se plantea?*

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares. En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:33*