



Concepto 183051 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000183051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000183051

Fecha: 25/05/2021 05:15:34 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20219000434872 del 19 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de declarar insubsistente a un empleado nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de una universidad, toda vez que se encuentra nombrado en este cargo alrededor de 16 años, con liquidación cada 4 años, y si esto genera alguna continuidad, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante advertir que de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete realizar la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal, sin que le corresponda la valoración de los casos particulares, para declarar derechos o deberes de los servidores públicos; o fungir como ente de control para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del Estado o servidores, competencia que se encuentra en cabeza de los Jueces de la República.

No obstante, a modo de interpretación general, el Artículo 69 de la Constitución Política de Colombia consagra lo siguiente:

“Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...).”

La Constitución Política ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos, de acuerdo con la ley. Es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional.

En cumplimiento del mandato constitucional, se expidió la Ley 30 de 1992¹, disponiendo en su Artículo 28 el reconocimiento del derecho a las universidades a darse y modificar sus estatutos, a saber:

"La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional". (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el Artículo 57 de la citada Ley se refiere a la organización del personal docente y administrativo, en los siguientes términos:

"Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales y oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente ley (...)" (Subrayado fuera de texto)

Bajo ese entendido, las universidades en virtud de su autonomía y carácter especial tienen el derecho a darse y modificar sus estatutos y adoptar sus correspondientes regímenes para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional, fijando sus reglas académicas, administrativas y financieras.

Por otro lado, en lo relativo a las normas generales de aplicación a los empleados vinculados a las entidades u organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en la Ley 909 de 2004², se dispone lo siguiente en relación con el retiro del servicio de los empleados nombrados en un empleo de libre nombramiento y remoción, a saber:

"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". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En pronunciamiento de la Corte Constitucional³, se concluyó en los siguientes términos la discrecionalidad existente en los empleos de libre nombramiento y remoción, a saber:

"Excepciones al principio general de motivación de los actos administrativos.

5. No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre

nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos. En este sentido, la Sentencia antes citada dijo lo siguiente:

“Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, Artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

“Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador.”

Por otro lado, en la misma sentencia, esta vez con respecto a la estabilidad laboral de los empleados nombrados en un empleo de libre nombramiento y remoción, determinó lo siguiente:

“En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

En lo que se refiere a la desvinculación de los servidores del Estado, es evidente que la situación en que se encuentran los de carrera administrativa no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues en éstos últimos, como se dijo, debe hallarse presente un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación.” (Negrilla original, subrayado fuera del texto)

De conformidad con la norma y jurisprudencia citada, se tiene entonces que los empleados cuya vinculación se encuentra en un empleo de libre nombramiento y remoción, pueden ser removidos por voluntad discrecional del nominador u empleador sin necesidad de motivar el acto administrativo que referencia su desvinculación, toda vez que esta circunstancia se encuentra avalada por la Constitución Política de Colombia, pues admite la existencia de empleos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador o empleador puede nombrar y remover libremente a quienes los ocupan.

Por ello, y según lo expuesto anteriormente, la naturaleza de los empleos públicos que se encuentran para proveer bajo libre nombramiento y remoción obedece a una relación subjetiva, puesto que la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o en aras de dar aplicabilidad o ejecutar una política, así las cosas, y para dar respuesta a su consulta de forma general, es procedente en cualquier momento declarar la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, por consistir en una estabilidad precaria dada la naturaleza de sus funciones, ya que requieren de la plena confianza del nominador.

Sin embargo, y tal como se indicó en la parte normativa de precedencia, los entes universitarios autónomos cuentan con personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, y, por lo tanto, frente a la declaratoria de insubsistencia de un empleado que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción de una Universidad Pública se deberá acudir a sus estatutos de administración de personal (Estatuto de personal) en cuanto a su precedencia.

En consecuencia, al momento de su desvinculación deberán reconocerse sus elementos salariales y prestacionales respectivos, sin que para el efecto pueda constituirse algún tipo de continuidad en el servicio.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior"*
2. *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*
3. Corte Constitucional, Sala Plena, 21 de junio de 2000, Referencia: expediente D-2732, Consejero Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:25:17