



Función Pública

Concepto 357461 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000357461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000357461

Fecha: 29/09/2021 09:29:27 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de Insubsistencia Empleos de Libre Nombramiento y Remoción. Radicado: 20212060638372 del 23 de septiembre de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, el interrogante planteado en el numeral 3 remitido a este Departamento Administrativo por la Superintendencia Nacional de Salud, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva la siguiente pregunta:

"3. Por último ¿se solicita se precise con base en el manual de funciones y demás evidencias que se aportan con el presente escrito, del procedimiento a surtir por parte de la entidad para remover de manera definitiva del cargo de libre nombramiento y remoción al oficial de cumplimiento?" (copiado del original).

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

En primer lugar, sobre el procedimiento a seguir para remover el oficial de cumplimiento de acuerdo a las evidencias aportadas, le informo que, tratándose de un nombramiento realizado en cumplimiento de una circular externa emitida por la Superintendencia Nacional de Salud, corresponde a dicha entidad dar los parámetros para determinar el paso a seguir con quien se encuentra en el empleo como oficial de cumplimiento. No obstante, lo anterior, de manera general, nos pronunciaremos sobre la normativa vigente en materia de retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, en el siguiente sentido:

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo [125](#), dispone:

ARTICULO [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.

(...)

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.

(...).

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Entonces, los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, ocupando lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública; sin gozar de las mismas prerrogativas, en igualdad de condiciones, de los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Al respecto, la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, enumera, entre otros, como causal de retiro la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, con base en las siguientes precisiones:

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 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.

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio, producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación en el empleo designado. Sin embargo, ha de llegarse a tal decisión cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad. El Consejo de Estado se ha referido sobre el tema en distintas oportunidades, algunos de los análisis se mencionan a continuación:

“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” (Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro).

“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” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado núm. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero).

“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” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicado núm. 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07) del 8 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

De acuerdo al pronunciamiento jurisprudencial, la insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción procede cuando el nominador así lo considera pertinente, sin motivación; por cuanto, el nombramiento en dichos empleos se fundamenta, principalmente, en la confianza y el manejo que representan con relación a la autoridad empleadora, en aras de mejorar el servicio y los fines públicos encomendados.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

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. «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».

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:11:20