



Función Pública

Concepto 383991 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000383991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000383991

Fecha: 22/10/2021 10:47:37 a.m.

Bogotá

REF. RETIRO Viabilidad declaratoria de insubsistencia empleado de libre nombramiento y remoción aforado. Radicado. 20212060614222 de fecha 7 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por el Ministerio del Trabajo, en el que solicita concepto sobre viabilidad de la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción de un personal de planta del ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar perteneciente a junta directiva el cual se encuentra aforado, frente a lo anterior, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es importante manifestarle que según lo dispuesto en el Decreto [430](#) de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa. Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, pues este Departamento Administrativo no es la entidad empleadora en los casos que se consultan. No obstante a manera general nos permitimos manifestarle lo siguiente:

Ahora bien a manera general es preciso atender lo preceptuado en las siguientes disposiciones y pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

El artículo [125](#) de la Constitución Política de Colombia establece:

“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.

(...)”

(Subrayado fuera de texto)

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

Los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.

Con respecto a la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de libre nombramiento y remoción, 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”, expresa:

“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”.

La insubsistencia 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. Tarsicio 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.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia 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”.

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 N^o: [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.”

De acuerdo con lo anterior, se considera viable declarar la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio. Se reitera que el acto por el cual se declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no es motivado.

En cuanto a la afiliación al sindicato del empleado de libre nombramiento y su declaratoria de insubsistencia, me permito manifestarle lo siguiente:

El Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores.

PARAGRAFO 1. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

PARAGRAFO 2. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador." (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE y aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-201-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.)

De lo expuesto se considera que para que el empleado de libre nombramiento y remoción se encuentre amparado por el fuero sindical, se requiere además de que no ejerza jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, estar afiliado al sindicato, ser fundador del sindicato, caso en el cual el amparo va desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses; que dicho empleado, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, haya ingresado al sindicato, caso en el cual el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores; que dicho empleado sea miembro de la junta directiva y subdirectiva del sindicato, federación o confederación de sindicatos, y que esté dentro de los cinco (5) principales o dentro de los cinco (5) suplentes; o ser miembro de los comités seccionales como principal o suplente; o que sea miembro de la comisión estatutaria de reclamos, designada por los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, caso en el cual el amparo es por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más.

Por consiguiente, los empleados de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad no gozarán de fuero sindical y por lo tanto, resultará viable la declaratoria de insubsistencia. No obstante en el evento que goce de fuero sindical, deberá acudir al Ministerio del Trabajo para solicitar su levantamiento.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": /eva/es/gestor-normativo, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Proyecto: Luis Fernando Núñez.

Revisó. Harold Herreño.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:56:56