



Concepto 078961 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000078961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000078961

Fecha: 16/02/2022 09:16:41 a.m.

Bogotá

Ref.: RETIRO DEL SERVICIO - INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN. ¿Qué recursos proceden contra el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción? Radicado 20229000035312 del 19 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre los recursos que proceden contra el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, me permito informarle lo siguiente:

De conformidad con 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.

Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías en relación con los actos administrativos expedidos al interior de las entidades por cuanto, dicha competencia se encuentra atribuida a los jueces de la República.

Ahora bien, con respecto a la clasificación de los empleos públicos, tenemos que la Constitución Política de Colombia dispuso:

"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 son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Al respecto, se precisa que 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, toda vez que ocupan lugares de

dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Es así como, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, 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”.

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, 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. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Sobre el tema, 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 contenido 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”

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia 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”.

(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; la cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar 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.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de interponer recursos contra un acto administrativo que declara insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción, me permito indicarle que la Ley 1437 de 2011, dispone:

“ARTÍCULO 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

Sobre el particular, El Consejo de Estado â Sala de lo Contencioso Administrativo Secci3n cuarta, Radicaci3n número: 68001233300020130029601(20212) veintis3is (26) de septiembre de dos mil trece (2013), con relaci3n a actos administrativos de ejecuci3n ha expresado:

“... Así pues, un acto administrativo subjetivo o acto definitivo particular, es una declaraci3n de voluntad dirigida al ejercicio de la funci3n administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecuci3n se limitan a dar cumplimiento a una decisi3n judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administraci3n producto de la conclusi3n de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuaci3n de esa actuaci3n, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicci3n de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que “los actos de ejecuci3n de una decisi3n administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a trav3s de ellos no se decide definitivamente una actuaci3n, pues s3lo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Por lo anterior, con relaci3n a su consulta sobre la procedencia de los recursos de ley frente a los actos administrativos de terminaci3n o declaratoria de insubsistencia de un empleado público de libre nombramiento y remoci3n le informo que por ser actos administrativos de ejecuci3n (son actos definitivos), contra estos no proceden los recursos de Ley establecidos en el Artículo 74 del C3digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; de manera que, en caso de pretender controvertir dichos actos, deberá acudir a las autoridades judiciales correspondientes.

Por último, me permito indicarle que, para mayor informaci3n 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 Direcci3n Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los t3rminos del artículo 28 del C3digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO L3PEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Funci3n Pública”.

“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

“Por la cual se expide el C3digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Fecha y hora de creaci3n: 2025-03-03 01:16:17