



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 099031

Fecha: 19/03/2021

Bogotá D.C

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO-Acto administrativo. Radicación No. 20212060115442 de fecha 03 de marzo de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta a partir de qué momento se adquiere la calidad de servidor público, cuándo se pierde la calidad de servidor público al momento de expedir el acto administrativo o cuándo es notificado, hasta cuándo cumple las funciones un empleado en una entidad y en qué momento se termina el acto administrativo de terminación del cargo de libre nombramiento y remoción cuándo se expide o es notificado, me permito manifestarle lo siguiente:

El artículo 122 de la Constitución Política señala lo siguiente frente a la posesión:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén

contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(...)”

Por otra, el Decreto 1083 de 2015 establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.1.8 Posesión. La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.”

De lo citado anteriormente se puede concluir que constitucionalmente ningún empleado podrá ejercer un cargo de carácter público sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben; es decir el juramento que se efectúa en la posesión.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, 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; lo que indica que el nombramiento en uno de estos cargos es facultativo del nominador, siempre y cuando la persona designada cumpla los requisitos legales exigidos para el cargo.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el numeral 2 del párrafo 2 de la misma disposición, señalan que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción se produce, entre otros casos, por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento; y la competencia para efectuar la remoción en este tipo de empleo, es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado; contrario a lo dispuesto frente al retiro de los empleos de carrera, cuyo párrafo dispone que es reglada la competencia para el retiro de estos empleos de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

En consecuencia, los empleados vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que tienen asignadas funciones de dirección y/o confianza dentro de la respectiva entidad pública.

Igualmente, la insubsistencia del nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción, 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. Tarcisio 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”

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; materia esta sobre la cual, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia con 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”. (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, 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°: 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.”

Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C – 957 de 1999, sobre los efectos jurídicos de los actos administrativos señaló lo siguiente:

“De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el mismo momento en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante, mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación...”. (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, como se indicó, el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción, mediante el cual se retira del servicio a su titular, no requiere de motivación, no obstante, para dar cumplimiento a la decisión adoptada mediante dicho acto administrativo, será necesaria la comunicación del mismo, al respectivo servidor, y a partir del día siguiente de la comunicación, producirá efectos jurídicos, tanto para la administración como para el servidor; pudiendo este último impugnar la decisión a través de las acciones legales que considere procedentes y dentro de los términos legales.

Del análisis realizado esta Dirección Jurídica resolverá sus inquietudes de la siguiente manera:

Se adquiere la calidad de servidor público una vez se posesione la persona en el cargo y prestando juramento de cumplir y defender la constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Se pierde la calidad de servidor público a partir del día de la notificación del acto administrativo por el cual se acepta la renuncia o se declara la insubsistencia.

El acto administrativo mediante el cual se retira del servicio al empleado de libre nombramiento al cual se refiere, por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el respectivo empleo, deberá ser comunicado y notificado.

Finalmente, 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 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: Christian Ayala

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó. Armando López Cortes.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.