

**Función Pública**

Concepto 035651 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000035651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000035651

Fecha: 19/01/2024 05:45:20 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Facultad discrecional para retirar del servicio a empleados de libre nombramiento y remoción. RAD. 20232061099422 del 12 de diciembre de 2023.

En atención a su escrito de la referencia, remitido a esta dirección por el Consejo de Estado, a través de la cual plantea algunos interrogantes sobre la estabilidad laboral reforzada de un funcionario de la Alcaldía de Municipio de Betulia, me permito manifestar lo siguiente:

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 modificado por el Decreto 1603 de 2023¹, 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.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

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. (...)” (Subrayado fuera de texto)

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 2004², 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;

g) Por edad de retiro forzoso;

(...)

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. (Negrillas propias)

Por su parte el Decreto 1083 de 2015³, estableció:

Artículo 2.2.11.1.2 De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la declaratoria de 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.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado 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"

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

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que el empleado vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción que tiene o tuviere problemas de salud, si bien debe ser destinatario (a) de medidas y actuaciones encaminadas a garantizar su protección, lo cierto es que no muta la naturaleza de su empleo, el cual sigue siendo de libre nombramiento y remoción, y para el caso que nos ocupa de nominación del Alcalde del Municipio.

Ahora bien, Respecto de la estabilidad laboral reforzada para funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia de unificación SU003/18⁴, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, afirmó:

Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de "prepensión", en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. (Negrilla propia)

De conformidad con lo expuesto por el tribunal de cierre, es claro que los empleados de libre nombramiento y remoción, por regla general no gozan de estabilidad laboral reforzada, pues se trata de empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

Por otro lado, se considera pertinente manifestar que, en relación con el cumplimiento de decisiones judiciales, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

“Art. 189.- Efectos de la sentencia. (...)”

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias, y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.” (Subrayado fuera de texto)

En cuanto a la ejecutoria de las providencias judiciales, el Código General del Proceso, señala:

“Artículo 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.”

De acuerdo con la anterior normativa, es claro que las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, el responsable de darle cumplimiento a la respectiva providencia judicial debe atender los estrictos términos en los que fue dictada.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto radicado con el No. 1302, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, de fecha 12 de 2000, señaló sobre el acatamiento a las decisiones judiciales de reintegro de servidores públicos lo siguiente:

“La Sala se ha pronunciado sobre el particular, destacando que, si bien las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, cuando se ordena el reintegro a un cargo debe efectuarse dentro de unos márgenes de equivalencia entre el que se desempeñaba al momento del retiro y aquél en el cual pueda hacerse efectivo. De manera que el reintegro debe cumplirse en la misma entidad, con equivalente ubicación y funciones similares a las desempeñadas por el trabajador al momento de la supresión del cargo, para que no resulte desmejorado en sus condiciones laborales.”

Así pues, la Administración debe realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento al fallo judicial en los precisos términos en que fue emitida, la cual debe expresar los términos en los que se debe materializar.

Así las cosas, frente al caso de su consulta, para el caso de los empleados públicos vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción, no existe impedimento legal para que sea declarado insubsistente por el nominador en cualquier tiempo, por cuanto, como lo señala el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro por insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción es una causal de retiro del servicio autónoma e independiente.

En ese sentido, y para responder a sus interrogantes, si bien la legislación y la jurisprudencia han desarrollado la figura de la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores, tomando en consideración diferentes condiciones; de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional sobre la aplicación de esta protección es claro que los empleados de libre nombramiento y remoción por regla general no gozan de estabilidad laboral reforzada. Por lo anterior, es el nominador quien tendrá la facultad para solicitar la renuncia al empleado de libre nombramiento y remoción o para efectuar el retiro de este en virtud de la naturaleza del cargo, el cual reviste exigencia de confianza por parte de sus nominadores y, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

No obstante, en el evento de que se haya emitido una Sentencia Judicial y se encuentre debidamente ejecutoriada, en criterio de esta Dirección Jurídica, la entidad deberá dar estricto cumplimiento a lo que ordene la providencia judicial, en caso de duda, deberá acudir a la instancia

Para mayor 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Valentina Alfaro.

Revisó: Harold Israel Herreno Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública."

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

3 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

4 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm>

Fecha y hora de creación: 2024-04-15 17:51:10