

Bogota D.C.

EE7163  
10/07/2009

Doctor  
**RUBEN DARIO CALDERON JARAMILLO**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica  
Escuela Superior de Administración Pública – ESAP  
Calle 44 No 53-37 CAN  
Bogota D.C.

**REF. RETIRO.** Insubsistencia de Empleados de Libre nombramiento y Remoción – Director Territorial ESAP. **RAD. 7670-2009**

Respetado doctor, reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente.

**1. La Constitución Política** , establece:

**Artículo 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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

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.

**2. 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, señala:

**“Artículo 5.** Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

**“....2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:**

“a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...).

**“En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:**

“Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; **Director o Gerente Territorial**, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia...”.

**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 2º.** 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.**

**Artículo 47. Empleos de naturaleza gerencial.**

1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública.

2. Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título.

3. La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley,(..).

**3. El Decreto 2400 de 1968**, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones señala:

**Artículo 26º.** El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

4. **El Decreto 1950 de 1973**, por el cual se reglamentan los Decretos - Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, aduce:

**Artículo 107.** En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno 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.

5. **El Decreto 1972 de 2002**, “Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional”, que establece lo siguiente:

“Artículo 3o. **El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador**”.

6. **La Corte Constitucional en la Sentencia SU-250 de 1998<sup>1</sup>** en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, preceptúa:

*“...En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que **la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen ...**”*

*“...la estabilidad **entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo**”, es plena para los empleos de carrera **pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción**, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos...”. (Destacados nuestros)*

7. **El Consejo de Estado**, Sección Segunda, Subsección “B”, en Sentencia del 13 de febrero de 2003, Expediente No. 1997-7570, Actor: José Napoleón Velásquez T., Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro, en cuanto a la facultad de remoción expresó:

*“...Con fundamento en la sentencia de abril 21 de 1995 proferida dentro del expediente No. 7515, con ponencia del Consejero Doctor Joaquín Barreto Ruíz, esta Corporación señaló que en casos como el que se controvierte, **cuando se toma una decisión de tal naturaleza como la de la insubsistencia, se presume que ella se realiza en procura del buen servicio público y de conformidad con la facultad discrecional que la administración tiene para disponer de los empleos cuyos titulares no gozan de amparo ni fuero de estabilidad,***

---

<sup>1</sup> M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

*correspondiéndole al actor demostrar plenamente que la decisión fue adoptada por razones ajenas al buen servicio público.*

***“La insubsistencia aunque no constituye sanción alguna, es una figura a la que recurre la Autoridad Nominadora cuando considera que el servicio se puede atender en mejor forma por otra persona. Como es sabido, una medida de tal naturaleza, se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad...”.*** (Se destaca).

De conformidad con las normas y jurisprudencias expuestas, la naturaleza jurídica del cargo de Director Territorial de la ESAP lo clasifican como un empleo de libre nombramiento y remoción, cuyo nombramiento puede ser declarado insubsistente por el nominador del organismo sin mediar motivación alguna, situación que deriva de la naturaleza del cargo; cuya remoción, al tenor del inciso 2° del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 también puede producirse por insubsistencia tácita, según la cual la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña de manera ordinaria.

De conformidad con lo expuesto, el hecho de que la designación de los gerentes o directores regionales o seccionales de los establecimientos públicos nacionales se efectúe con base en la comprobación del mérito<sup>2</sup>, no cambia la naturaleza de libre nombramiento y remoción del empleo y, por tanto, no se afecta la discrecionalidad del nominador.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente

**CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN**  
Directora Jurídica

Héctor JQM. GCJ- 601-7670/2009

---

<sup>2</sup> En los términos del decreto 1972 de 2002.