



Lineamiento para la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionarios(as) de libre nombramiento y remoción

CIRCULAR 16 DE 2024

¡Recuerde!

- ✓ Los cargos de libre nombramiento y remoción son de alta confianza, excepcionales como medio de acceso a la función pública, se suplen a través de nombramientos ordinarios y, en principio, no gozan estabilidad laboral, en el entendido que la remoción es libre. 
- ✓ Los cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria. Por regla general, las personas que ocupan este tipo de cargos no gozan de la garantía de estabilidad laboral, de la cual gozan quienes ocupan cargos de carrera administrativa.
- ✓ Una de las modalidades del retiro del servicio de quien está vinculado en un empleo de libre nombramiento y remoción corresponde a la declaratoria de insubsistencia. 
- ✓ Por regla general, el acto de retiro por insubsistencia de la persona de libre nombramiento y remoción es un acto discrecional, de carácter particular y, no debe ser motivado. Este acto debe adecuarse a los fines de la norma que lo autoriza y la decisión debe ser justa y ponderada, y evitar la arbitrariedad y el capricho.
- ✓ Las entidades deben tener presente el cumplimiento de las normas legales y reglas jurisprudenciales que protegen los derechos sujetos de especial protección constitucional. 
- ✓ Las personas cobijadas por la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada son quienes se encuentren, de manera temporal o permanente, en alguna de las siguientes circunstancias:
 - Mujeres en estado de embarazo y en licencia de maternidad
 - Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica
 - Personas prepensionadas
 - Personas con condiciones de discapacidad física o mental
 - Fuero sindical
- ✓ En estos casos, de manera excepcionalísima, la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de una persona en un cargo de libre nombramiento y remoción debe contener una motivación que atienda al mejoramiento del servicio y no a la situación particular presente en el(la) servidor(a) pública que desempeña el cargo de libre nombramiento y remoción y que goza de alguna protección constitucional.



CIRCULAR EXTERNA No. 16

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **JHON JAIRO CAMARGO MOTTA**
Director General (e)
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Lineamiento para la prevención del daño antijurídico generado por ilegalidad del acto administrativo que declara insubsistente a funcionarios(as) de libre nombramiento y remoción.

Fecha: 03 JUL 2024

De conformidad con la Ley 1444 de 2011 y el Decreto-Ley 4085 del mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico y le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada defensa de los intereses de la Nación¹.

Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023² creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como el conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, sin importar su naturaleza y régimen jurídico, asignándole a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la coordinación del mismo.

La ilegalidad del acto administrativo que declara insubsistente a funcionarios(as) de libre nombramiento y remoción es una causa de litigio transversal a las entidades del Estado. En efecto, en el Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado (eKOGUI) se registraron, con corte a 31 de enero de 2024, un total de 409 procesos activos³ en contra de las entidades públicas del orden nacional por la causa: «ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario de libre nombramiento y remoción»⁴.

¹ Ordinal 1º, artículo 6º del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 2269 de 2019.

² «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, Colombia potencia mundial de vida».

³ Reporte eKOGUI, con corte a 31 de enero de 2024.

⁴ Las quince (15) entidades más demandadas por esta causa, que suman cerca del 58,9% de los procesos activos, son: i) el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, ii) la Registraduría Nacional del Estado Civil, iii) el Ministerio de Defensa Nacional, iv) la Procuraduría General de la Nación, v) la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, vi) el Servicio Nacional de Aprendizaje, vii) la Fiscalía General de la Nación, viii) la Contraloría General de la República, ix) la Superintendencia Nacional de Salud, x) el Ministerio del Trabajo, xi) la Dirección Nacional de Inteligencia, xii) la Policía Nacional, xiii) la Universidad Popular del Cesar, xiv) el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y xv) Ministerio de Justicia.

②

Las acciones de ilegalidad y restablecimiento del derecho en contra de entidades estatales se fundamentaron en razones como: i) que se presentó desviación de poder, ii) que la desvinculación es ajena al buen servicio, y/o iii) que la decisión no fue concordante con la norma que la faculta la insubsistencia de funcionarios(as) de libre nombramiento y remoción, entre otras.

Respecto de esta problemática, la Agencia revisó la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, para establecer los parámetros que las entidades públicas deben cumplir al momento de efectuar tales desvinculaciones. Lo anterior, debido a que su divulgación, conocimiento y aplicación son trascendentales para impactar en la prevención del daño antijurídico por esta causa. En esa medida, el presente lineamiento busca ser una herramienta para orientar a las entidades acerca de las obligaciones y acciones que deben adelantar en este tipo de procesos.

Para cumplir estos objetivos, se revisarán los siguientes asuntos: i) consideraciones generales sobre la vinculación de las personas de libre nombramiento y remoción; ii) lineamientos para la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia en estos cargos; y iii) reglas aplicables a personas en situación de especial protección constitucional que a su vez ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VINCULACIÓN DEL SERVIDOR O SERVIDORA PÚBLICA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

1. Los(as) servidores(as) públicos(as) son todas aquellas personas que están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercen sus funciones «en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento»⁵. Según el artículo 123 de la Constitución Política son todas las personas miembros de las corporaciones públicas y los(as) empleados(as) y trabajadores(as) del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios⁶.
2. Los(as) servidores(às) públicos(as) se clasifican, según su forma de vinculación, en: i) empleados(as) públicos(as) quienes se vincularon en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir a través de un acto administrativo; y ii) trabajadores(as) oficiales quienes se vincularon a través de un contrato de trabajo⁷.
3. Las principales normas que contienen el régimen de los empleados públicos son los Decretos Ley 2400 de 1968, 3135 de 1968, 1042 de 1972, 760 de 2005, 770 de 2005 y 785 de 2005 y las Leyes 4 de 1992, 909 de 2004 y

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2455 de 2020.

⁶ Artículo 20 del Código Penal.

⁷ Artículo 122 de la C.P. Ver también: Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B, sentencia del 26 de julio de 2018, radicado 491214.

1960 de 2019 y todas las normas que las modifican o complementan. Las disposiciones reglamentarias en su mayoría se encuentran compiladas en el Decreto 1083 de 2005.

4. Las categorías de empleados(as) públicos son las siguientes: i) Los de carrera administrativa; ii) **los de libre nombramiento y remoción**, iii) los de periodo fijo (periodo institucional y periodo personal), y iv) los temporales⁸.
5. Para ingresar a la función pública se debe cumplir los requisitos de idoneidad, experiencia profesional y estudios establecidos en los Manuales Específicos de Requisitos y Funciones adoptados por cada entidad⁹.
6. Por regla general, el acceso al servicio público debe hacerse a través el régimen de carrera administrativa y por concurso público de méritos¹⁰. Como excepciones a esta forma de acceso están los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los(as) trabajadores(as) oficiales y los demás que determine la ley.
7. A través de los empleos de libre nombramiento y remoción se permiten al nominador conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta **confianza**. Por ese motivo, son cargos cuya escogencia depende, además de los criterios señalados con anterioridad, de la confidencialidad, cercanía y conocimiento de las políticas, acciones o planes a implementar¹¹.
8. Los cargos de libre nombramiento y remoción **son excepcionales** como medio de acceso a la función pública. Existen criterios legales para considerar que un cargo puede denominarse como de libre nombramiento y remoción. Estos criterios son¹²:
 - Los cargos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices¹³.
 - Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los(as) funcionarios(as)

⁸ Artículo 1 de la Ley 909/2004.

⁹ Estos manuales cumplir con los criterios establecidos en los Decretos-Leyes 770 de 2005 (para las entidades del nivel nacional) y 785 de 2005 (para las entidades del orden territorial). También ver: artículo 2.2.13.1.2. del Decreto 1083 de 2015 y artículo 49 de la Ley 909 de 2004.

¹⁰ Artículo 125 de la CP. Corte Constitucional, sentencias C-901 de 2008; C-588 de 2009 y C-249 de 2012.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, radicado 361315.

¹² Artículo 5 de la Ley 909 de 2004, adicionado por la Ley 1093 de 2006. Corte Constitucional, sentencias C-673 de 2015 y C-814 de 2014.

¹³ Al revisar este numeral, es necesario tener en cuenta las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: sentencia C-673 de 2015, en relación con los cargos de «jefes de control interno disciplinario o quien haga sus veces» y sentencia C-814 de 2014, respecto de los cargos de «director de Académica Diplomática, director de Protocolo y jefes de Oficina Asesora».

referidos en el artículo 5, literal b, de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.

- Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales¹⁴.
- Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera¹⁵.
- Los cargos de gerencia pública, caso en el cual los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el título VIII de la Ley 090 de 2004¹⁶.

9. Según la jurisprudencia constitucional, además de estos supuestos, un cargo puede ser de libre nombramiento y remoción, sólo cuando¹⁷:

- El cargo tenga asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas; o
- El cargo tenga asignadas funciones y responsabilidades que exijan un nivel especial y cualificado de confianza, adicional al que se le puede exigir a todo servidor público.

10. La provisión de las vacancias definitivas de los empleos de libre nombramiento y remoción se realiza por **nombramiento ordinario** o mediante encargo, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el

¹⁴ Ordinal adicionado al artículo 5 de la Ley 909 de 2004, por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Ordinal 2 del artículo 47 de la Ley 909 de 2004.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias C-371 de 2019 y C-093 de 2023.

desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004 y demás normas que la complementan y modifican¹⁸.

11. Otra característica de los cargos de libre nombramiento y remoción tiene que ver con que la **estabilidad laboral es, en principio, precaria**. Por regla general, las personas que ocupan este tipo de cargos no gozan de este derecho, por lo que pueden ser desvinculadas por el nominador sin que sea indispensable adelantar un procedimiento administrativo previo o la motivación del acto administrativo¹⁹. Sin embargo, como se desarrollará, existen excepciones que implican la necesidad de hacer explícitos los motivos que dan lugar al retiro del servicio.

12. El retiro de las personas vinculadas a través de libre nombramiento y remoción puede ocurrir por las siguientes causas:

- **Declaratoria de insubsistencia** del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- Renuncia regularmente aceptada;
- Obtención de la pensión de jubilación o vejez;
- Invalidez absoluta;
- Edad de retiro forzoso;
- Destitución como consecuencia de proceso disciplinario;
- Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- Orden o decisión judicial;
- Supresión del empleo;
- Muerte; y
- Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Este lineamiento se centra en la primera hipótesis enlistada. En esa medida, la declaratoria de insubsistencia puede acontecer de dos maneras: i) por acto que así lo disponga de manera expresa, o ii) por designación o nombramiento de otra persona en el cargo, lo que implica la insubsistencia tácita de quien viene desempeñando el cargo²⁰.

13. En suma, los cargos de libre nombramiento y remoción son excepcionales en el ordenamiento jurídico colombiano por ser de alta confianza, se proveen a través de nombramientos ordinarios o por encargos y, en principio, no

¹⁸ Artículo 1 del Decreto 648 de 2017, que modificó el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-501 de 2005. El principio general en materia laboral en el sector público es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado sobre su permanencia en el cargo, mientras observe las condiciones fijadas por la ley para su desempeño.

²⁰ Artículo 2.2.11.1.2. del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

①

gozan estabilidad laboral, pues la remoción es el desarrollo de una facultad discrecional del nominador.

14. Describas estas características, es necesario verificar algunas condiciones **excepcionalísimas** en las cuales se activa cierta estabilidad laboral para personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción. En estas circunstancias es preciso verificar la forma adecuada de desvincular tales personas con el fin de proteger los derechos fundamentales.

II. LINEAMIENTOS PARA LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA INSUBSISTENCIA EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

1. El acto de retiro por insubsistencia de la persona de libre nombramiento y remoción es un **acto discrecional, de carácter particular**²¹ y, **no debe ser motivado**²². En todo caso, al expedir este acto de insubsistencia debe tenerse en cuenta:
 - Que el acto sea adecuado a los fines de la norma que lo autoriza. Es decir, que exista una conexión entre la decisión discrecional y el fin perseguido.
 - La decisión debe ser ponderada y discrecional²³, en ningún caso, arbitraria o caprichosa²⁴.
 - El acto debe guardar cierta concordancia entre la realidad del hecho y las causas del retiro y los fundamentos de la decisión²⁵.
2. Ese acto de insubsistencia debe acompañarse de la constancia del hecho y de las causas de retiro en la hoja de vida del(a) funcionario(a)²⁶. En la práctica, en las hojas de vida solo se consigna que el retiro **se da por razones del servicio**, lo anterior porque no existe el deber de motivar la decisión. Dejar explícitas otras razones de los retiros puede generar que estos sean elementos utilizados por quien pretenda demandar ese acto.

²¹Por tanto, debe cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de acuerdo con lo señalado en el artículo 138 del CPACA.

²² Artículo 2.2.11.1.2. del Decreto 1083 de 2015; artículo 26 del Decreto 2400 de 1968; párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y artículo 44 del CPACA. Ver también: Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000; y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicado 457816 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de abril de 2013, radicado 3814-2019.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000. El funcionario debe: «apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.»

²⁴ Artículo 44 del CPACA. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicado 4578-16; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2015, radicado 2274-10; y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de agosto de 2015, radicado 1847-12.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Artículos 2.2.11.1.2. y 2.2.17.10 del Decreto 1083 de 2015. Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Ver también: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de noviembre de 2020, radicado 2280-18.

3. Si no se deja la constancia en la hoja de vida de que el retiro se da por motivos del servicio, no se afecta la validez del acto administrativo²⁷. Sin embargo, esta omisión sí puede generar responsabilidad disciplinaria del(a) funcionario(a) que emite el acto de insubsistencia.
4. Para la declaratoria de insubsistencia no necesariamente debe tenerse en cuenta la idoneidad ni las cualidades y calidades del(a) empleado(a), porque en estos empleos el buen desempeño no asegura la estabilidad en el empleo²⁸. No obstante, el nominador debe asegurar que quien sea nombrado en remplazo no tenga condiciones de idoneidad y experiencia sustancialmente menores a las del(a) empleado(a) desvinculado, debido a que esto denotaría una desmejora del servicio y, por tanto, genera un riesgo de nulidad y restablecimiento del derecho²⁹.
5. Para evitar que un acto de insubsistencia sea considerado arbitrario o caprichoso, se debe tener en cuenta lo siguiente:
 - Siempre debe suponer el mejoramiento del servicio, esta es la finalidad del acto de desvinculación. El juez puede verificar este fin para evaluar la legalidad del acto administrativo³⁰.
 - El acto no debe fundarse en intereses personales o clientelistas. Si se prueba que esa fue la finalidad de la desvinculación, puede presentarse desviación del poder³¹.
 - Los fines que validan la declaración de insubsistencia pueden ser, entre otros, la pérdida de confianza³².
6. Al momento de la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de una persona en un cargo de libre nombramiento y remoción, las entidades deben tener presente el cumplimiento de las normas legales y reglas jurisprudenciales que protegen los derechos de sujetos de especial protección constitucional.

²⁷ Consejo de Estado, Sección 2, Subsección A, sentencia del 25 de febrero de 2021, radicado 2814-18; Consejo de Estado, Sección 2, Subsección B, sentencia del 27 de noviembre de 2020, radicado 2280-18.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de octubre de 2013, radicado 1928-13.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2013, radicado 0105-12.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de agosto de 2019, radicado 0946-07.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2015, radicado 2274-10; «la desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino para otro distinto.» Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de agosto de 2015, radicado 1847-12 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de noviembre de 2021, radicado 4673-18.

³² Corte Constitucional, sentencias T-686 de 2014 y T-132 de 2007.

III. REGLA APLICABLES A PERSONAS EN SITUACIÓN DE ESPECIAL PROTECCIÓN QUE A SU VEZ OCUPAN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

1. La estabilidad en los cargos de libre nombramiento y remoción es precaria³³. Esta es la regla general y solo en situaciones **excepcionalísimas** se puede aplicar ciertas condiciones de estabilidad laboral³⁴.
2. La estabilidad laboral reforzada es una figura de creación jurisprudencial que agrupa varias situaciones susceptibles de un tratamiento especial. En materia de expedición de actos administrativos que declaran la insubsistencia para cargos de libre nombramiento y remoción, esta figura limita la facultad discrecional del nominador frente a ciertos sujetos.
3. Por ello, cuando se trata de sujetos de especial protección se aplica una excepción a la no motivación del acto administrativo. Concretamente, la **sentencia de unificación SU-448 de 2011** señaló:

«Son excepciones a la no motivación del acto de desvinculación de funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario que reúna los requisitos para pertenecer al retén social, como padre y madre cabeza de familia, personas discapacitadas, personas pre-pensionadas o se esté en presencia de una mujer embarazada.»
4. Se debe tener presente que si el(a) empleado(a) de libre nombramiento y remoción es un sujeto de especial protección constitucional, resulta indispensable motivar la decisión, es decir, hacer explícitas las razones que dan lugar a la ruptura de la relación laboral. Si el Estado no cumple esta carga, se genera un riesgo para la entidad, pues el juez constitucional o administrativo pueden presumir que el despido tuvo su causa en la situación de desventaja o, lo que es igual, es discriminatorio.
5. En ciertos casos, la entidad nominadora debe evaluar cada situación particular para evitar vulnerar los derechos de los(as) empleados(as) cobijados por protección constitucional y verificar la conveniencia y oportunidad de su desvinculación³⁵.
6. Las personas consideradas **sujetos de especial protección constitucional**, son quienes se encuentren, de manera temporal o permanente, en alguna de las siguientes circunstancias:

³³ Corte Constitucional, sentencias C-443 de 1997, SU448 de 2011 y SU-003 de 2018.

³⁴ Corte Constitucional, sentencias SU-088 de 2022 y SU-083 de 2018.

³⁵ Concepto Departamento Administrativo de la Función Pública N° 086921 de 22 de febrero de 2022.

- Mujeres en estado de embarazo y licencia de maternidad.
 - Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica.
 - Personas pre-pensionadas.
 - Personas con condiciones de discapacidad física o mental.
 - Fuero sindical.
7. **No todas las anteriores categorías generan estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción.** A continuación, se desarrollan las situaciones enunciadas anteriormente, para identificar en cuáles aplica la estabilidad laboral para los(as) servidores(as) públicos(as) de libre nombramiento y remoción que se encuentran en situaciones que merecen especial protección constitucional y ante cuáles se deben cumplir ciertos requisitos adicionales para proceder a la desvinculación.

A. MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZADO O LICENCIA DE MATERNIDAD

1. El artículo 43 de la Constitución Política señala que las mujeres tienen derecho a recibir especial asistencia y protección por parte del Estado durante el embarazo³⁶.
2. La protección de las mujeres en el ámbito laboral tiene como finalidad desincentivar actos discriminatorios por razones de sexo y/o género. Entre las diferentes medidas de protección se encuentra **la prohibición de despido de las mujeres embarazadas o en licencia de maternidad y la consecuente estabilidad laboral reforzada.** En estos casos, esta estabilidad laboral es de carácter temporal y abarca todo el periodo del embarazo y los meses de licencia de maternidad³⁷.

³⁶ Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con los artículos 13, 43 y 53 de la CP. Artículos 20 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 4 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención Belén do Pará-; artículo 11 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; artículos 2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los Convenios 3, 111, 156 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

³⁷ Esta prohibición está expresamente consagrada en el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, que fue declarado exequible mediante la sentencia C-470 de 1997. La Ley 2306 de 2023 consagró varias medidas de protección a la lactancia, sin embargo, se aclara que el periodo de estabilidad laboral reforzada cubre todo el embarazo y la licencia de maternidad. El Ministerio de Trabajo, en Concepto 202312030000068155 de 13 de diciembre de 2023 señaló: «...En conclusión, con la entrada en vigor de la Ley 2063 de 2023, se tiene que el despido posterior a las dieciocho semanas (18) siguientes al parto, no implica la presunción de despido discriminatorio. En esta hipótesis será la Madre - Trabajadora la que deberá acreditar que fue despedida con ocasión de estar gozando del permiso de Lactancia (SL3733-2018. SCL, rad 53.584 y Rad 17193 del 10 de julio de 2002. SCL). De manera adicional es pertinente indicar que la puesta en marcha de la Ley 2603 de

3. Para que proceda esta prohibición es necesario que concurran dos condiciones: (i) el conocimiento del estado de embarazo por parte del(la) empleador(a) y (ii) la existencia de la relación laboral o prestacional. En todo caso, aun cuando el(la) empleador(a) no conoce del estado de gravidez de la mujer se activa un fuero de protección con otras medidas.
4. En efecto, la Corte Constitucional -a través de las **sentencias de unificación SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018**- estableció las reglas sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas o en periodo de licencia de maternidad que fueron desvinculadas de cargos de libre nombramiento y remoción³⁸. Así, identificó dos hipótesis.
5. **Hipótesis 1:** Si el(la) empleador(a) tuvo conocimiento del estado de embarazo de la empleada antes de la declaratoria de insubsistencia, entonces:
 - Aplica la prohibición del despido y se presume que la desvinculación tiene relación causal con el embarazo.
 - Procede una protección integral y completa que implica el reintegro laboral y el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, hasta el momento en que cesa la protección.
6. **Hipótesis 2:** Si el(la) empleador(a) no tuvo conocimiento del hecho y la empleada fue desvinculada, entonces:
 - La protección es más débil y se fundamenta en el principio de solidaridad.
 - Procede efectuar el pago de las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.
7. En cuanto a las reglas para la notificación al nominador sobre el estado de embarazo por parte de la empleada en un cargo de libre nombramiento y remoción, es preciso tener en cuenta que³⁹:
 - La comunicación no requiere de ningún tipo de formalidad, puede emitirse de forma verbal o escrita.

2023 no implica una extensión automática del fuero de maternidad. En efecto, las trabajadoras gozarán del descanso remunerado de lactancia durante los dos primeros años de vida del menor "...siempre y cuando se mantenga y manifiesta una adecuada lactancia materno-continua" la que deberá acreditar la Madre Trabajadora con los respectivos certificados médicos».

³⁸ Sentencias específicas sobre desvinculación de mujeres en estado de embarazo que ocupaban cargos de libre nombramiento y remoción: Corte Constitucional, sentencias T-734 de 2007, T-494 de 2000 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 10 de junio de 2010, radicado 2723-08.

³⁹ Corte Constitucional, sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018.

- El conocimiento puede obtenerse por vía directa; por noticia de un tercero o por la configuración de un hecho notorio.
 - El hecho notorio se configura por los cambios físicos en el cuerpo de la mujer (generalmente a partir del quinto mes de embarazo); por la solicitud de permisos laborales con ocasión del embarazo; o por el conocimiento público entre compañeros(as) de trabajo.
8. Tratándose de empleadas de libre nombramiento y remoción embarazadas, la entidad debe abstenerse de pedir renunciaciones protocolarias, porque en esencia no se trata de un acto libre e inequívoco sino de una solicitud del nominador para disponer del puesto de trabajo. Esta situación genera un riesgo de que el juez invalide la aceptación, pues en la práctica se está ante una declaratoria de insubsistencia indirecta⁴⁰.
9. **Sólo ante la existencia de una justa causa comprobada** procederá el retiro de una mujer en estado embarazo. En este escenario, el nominador debe emitir una Resolución ampliamente motivada en la cual se desvirtúe la presunción de que el despido fue por causa del embarazo. En este caso, la empleada tiene derecho a una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salarios, adicionales a las demás indemnizaciones a que tenga derecho por ley. Así mismo, tiene derecho al pago de la licencia de maternidad⁴¹.
10. En estos casos, el acto administrativo debe ser ampliamente motivado y evitar argumentos genéricos o difusos⁴². La argumentación debe ser:
- Suficiente: Explicar de manera adecuada y razonable que la decisión no se produjo por causas imputables al embarazo o por estar en periodo de licencia de maternidad.
 - Concreta: Identificar la razón particular que motivo la decisión.
 - Cierto: Determinar con precisión la ocurrencia de la causa que se endilga.
 - Concurrente al acto que origina la declaración de insubsistencia.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 10 de junio de 2010, radicado 2723-08.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de junio de 2006, radicado 8064-05. Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, declarado exequible por la sentencia C- 470 de 1997, que refiere: «Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada. // Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado».

⁴² Corte Constitucional, sentencias T- 372 de 2012 y T-494 de 2000.

2

11. En estos supuestos la autoridad debe (i) fundamentar la desvinculación en una de las causales de retiro consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; (ii) adelantar el procedimiento o actuación previsto para cada causal, y; (iii) motivar suficientemente el acto administrativo a través del correspondiente ejercicio probatorio.
12. En suma, la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo aplica incluso para cargos de libre nombramiento y remoción. Esta protección es temporal y se mantiene vigente durante los periodos del embarazo y de la licencia de maternidad.

B. MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

1. Las mujeres cabeza de familia gozan de protección especial de parte del Estado, en los términos de los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política. Una mujer cabeza de familia es quien, siendo soltera o casada⁴³, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo la responsabilidad afectiva, económica o social sobre sus hijos o hijas menores de edad o sobre otras personas con imposibilidad para trabajar⁴⁴.
2. La protección especial consagrada para las madres cabeza de familia puede ser extensiva a los padres cabeza de familia que en situación de vulnerabilidad. El fundamento de esta protección es la salvaguarda del núcleo familiar, como espacio en donde se garantizan derechos fundamentales⁴⁵.
3. La jurisprudencia constitucional, ha establecido una serie de requisitos que se deben demostrar con el fin de certificar la calidad de madre o padre cabeza de familia⁴⁶, así:
 - Tener a cargo la responsabilidad de hijos o hijas menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.
 - Que esa responsabilidad sea de carácter permanente.
 - Abandono del hogar ausencia permanente por parte de la pareja y la sustracción de las obligaciones que le corresponden como padre.

⁴³ El estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Corte Constitucional, sentencia C-034 de 1999 y artículo 5 de la Ley 2115 de 2021.

⁴⁴ Artículo 43 de la C.P. y artículo 2 de la Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, modificada y adicionada por las Leyes 1232 de 2008 y 2115 de 2021.

⁴⁵ Artículos 42, 43 y 44 de la C.P. y Corte Constitucional, sentencia C-1039 de 2003.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005.

- Que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o porque haya fallecido.
 - Que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.
4. El acto administrativo que declara insubsistente a servidores(as) público(as) de libre nombramiento y remoción que a su vez acreditaron ser madres o padres cabeza de familia **debe ser motivado**⁴⁷.
 5. Estos sujetos de especial protección pueden ser desvinculados con la debida motivación, debido a que la condición especial no constituye una protección automática ni absoluta⁴⁸.
 6. Existe una mayor garantía⁴⁹, en los eventos que el(a) servidor(a) público(a): a) es madre o padre cabeza de familia, b) es de libre nombramiento y remoción y, c) la entidad pública donde labora se presenta una situación de reestructuración administrativa o "reten social". Pues en estos casos, la Ley 790 de 2012 establece la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales hasta que la entidad suprimida no desaparezca de forma efectiva.
 7. Según la Corte Constitucional, en **sentencia T-269 de 2017**, «(...) es importante resaltar que la protección especial prevista en el ordenamiento jurídico para las madres y los padres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración no es ilimitada ni absoluta.»
 8. Por lo anterior, previo a la desvinculación de quien ostenta la calidad de cabeza de familia y ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, la entidad deberá:
 - Verificar que la persona cuenta con los presupuestos para ser considerado madre o padre cabeza de familia.
 - Abstenerse de solicitar la declaración ante notario para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia, ya que no es una prueba necesaria para acreditarlo. Dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto⁵⁰.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-448 de 2011 y T-862 de 2009.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-691 de 2017.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, radicado 25000-23-42-000-2015-02038-01.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1211 de 2008.

2

- Analizar la viabilidad de reubicar a la madre o padre cabeza de familia, en la medida de las posibilidades de la entidad.
9. En suma, el acto administrativo que declara insubsistente a servidores(as) público(as) de libre nombramiento y remoción que a su vez acreditaron ser madres o padres cabeza de familia debe ser motivado.

C. PRE-PENSIONADOS

1. La Corte Constitucional en **sentencia de unificación SU-003 de 2018** señaló que no es posible aplicar a los empleados de libre nombramiento y remoción la protección que se dispensa a los prepensionados que solo les falte la edad, no solo por la naturaleza del empleo sino también por no existir una norma legal que dispense tal protección⁵¹.
2. Es posible declarar insubsistente a quien cumpliendo el requisito de las semanas le falta la edad, pues en este evento no se frustra el derecho pensional. Contrario sensu, no es posible desvincular a quien se encuentre en una situación inversa, es decir que le falte cumplir el número de semanas, pues la desvinculación se traduce en un obstáculo para obtener el derecho a la pensión⁵².
3. La categoría de prepensionados es relevante en los casos o programas de renovación administrativa (supresión, liquidación, fusión de entidades, entre otros)⁵³, pero no se agota en esta situación que comúnmente se denomina "reten social"⁵⁴. Esta situación merece atención al momento de adoptar decisiones, a la luz de las normas constitucionales.
4. Las entidades deben tener presente que en aquellos supuestos en los que se presente una supresión y liquidación de entidades públicas, pues en estos casos, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se debe seguir pagando a los(as) prepensionados (sin importar la categoría de empleado público) los salarios y prestaciones sociales hasta que la entidad u organismo desaparezca⁵⁵.
5. Por regla general, los(as) servidores(as) públicos(as) de libre nombramiento y remoción que sean prepensionados y a quienes solo les falta la edad, no

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia SU-003 de 2018 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2020, radicado 2280-18.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2009.

⁵³ Ley 790 de 27 de diciembre de 2002.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2009.

⁵⁵ Si bien estas normas tienen una aplicación temporal que, en principio, ya está superada, la norma se hace presente porque pueden existir situaciones derivadas de estos procesos de reestructuración que todavía suponen la aplicación de esta normatividad.

gozan de estabilidad laboral reforzada⁵⁶. Sin embargo, de manera excepcionalísima aplica la estabilidad laboral reforzada para quien, ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, le falten tres (3) años o menos de cotización.

6. En aplicación de esta protección constitucional, les corresponde a las entidades analizar las condiciones de las personas en cargos de libre nombramiento y remoción que van a ser desvinculadas para determinar si están o no en la categoría de prepensionados. Por tanto, se debe:

- Verificar si a la persona a desvincular le faltan semanas de cotización equivalentes a tres (3) años o menos para cumplir el requisito pensional.
- Garantizar su permanencia en su cargo o en uno de igual o superior categoría, hasta tanto sea incluido en nómina de pensionados de la entidad, con el fin de proteger su derecho al mínimo vital.
- Solicitar el derecho a la pensión del(la) servidor(a) de libre nombramiento y remoción, si transcurridos treinta (30) días después de que el servidor público cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión, este no la solicita⁵⁷.

7. Los empleados(as) públicos(as) de libre nombramiento y remoción puede ser declarados insubsistentes por la administración en ejercicio de la potestad discrecional, pero para ello deberá tener en cuenta⁵⁸:

- Que si la personas está en la categoría de prepensionados debe **motivar el acto**.
- En la motivación debe ponderar los derechos fundamentales de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más adecuada a los fines de la norma que la autoriza.
- La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Aquí se debe armonizar el ejercicio de la facultad discrecional con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

8. En conclusión, de manera general debe protegerse a una persona

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de noviembre de 2020, radicado 2280-18 y Corte Constitucional, SU-003 de 2018.

⁵⁷ Parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, radicado 0887-18; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 8 de febrero de 2018, radicado 250002325000201201184.

9

prepensionada. En todo caso, para la desvinculación de empleados(as) públicos(as) de libre nombramiento y remoción que gocen de la protección por ser prepensionados(as) debe motivarse el acto administrativo.

D. LAS PERSONAS CON CONDICIONES DE DISCAPACIDAD FÍSICA O MENTAL

1. En Colombia rige un modelo social de la discapacidad que parte de dos presupuestos. En primer lugar, que las personas en condición de discapacidad son titulares indiscutibles de la dignidad humana y, en segundo lugar, que la discapacidad es generada por factores sociales y estructurales que deben ser modificados para asegurar el goce de los derechos en igualdad de condiciones⁵⁹.
2. Ese enfoque social de la discapacidad genera obligaciones estatales para las personas en condición de discapacidad, cuyo fundamento constitucional se deriva de principalmente del artículo 13 superior⁶⁰. Dentro de estas acciones, en este caso interesa revisar las garantías para evitar discriminaciones en el ámbito laboral⁶¹.
3. En esa medida, se destaca que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es predicable de las personas con condiciones de discapacidad física o mental.
4. Existe una diferencia entre los conceptos de discapacidad y de invalidez.
 - La **discapacidad**, si bien, implica restricciones físicas o mentales para la forma en que se ejercen diferentes actividades sociales y/o laborales, no presupone necesariamente la pérdida de la capacidad laboral de una persona.
 - La **invalidez** implica que la persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral y, por ese motivo, no puede desempeñarse en el ámbito del trabajo.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencias C-352 de 2022, T-425 de 2022, C-052 de 2021, C-239 de 2010, C-804 de 2009, entre otras.

⁶⁰ Artículo 13 de la CP.

⁶¹ Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2008, ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en condición de discapacidad; Corte Constitucional, sentencias C-804 de 2009; T-425 de 2022 y T-1040 de 2001. Asimismo, están las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, ratificado mediante la Ley 82 de 1988.

5. La garantía de la estabilidad laboral reforzada solo aplica para personas en condición de discapacidad. Las protecciones sociales para las personas calificadas con condición de invalidez son de otro tipo como, por ejemplo, las respectivas pensiones.
6. La estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad aplica incluso en cargos con estabilidad precaria como los de libre nombramiento y remoción⁶². Esta regla no es absoluta ya que la desvinculación es posible si existen y se prueban circunstancias que justifiquen constitucionalmente el despido.
7. Para la desvinculación de una persona en condición de discapacidad, de manera que la administración exprese las razones que constitucionalmente justifiquen el despido. La administración debe desvirtuar la presunción de que el despido ocurre por razones discriminatorias.
8. En aplicación de esta protección constitucional, le corresponde a la entidad realizar las verificaciones y actualizaciones sobre la situación de salud de la persona que desvinculará.
9. Algunas afectaciones a la salud que generen incapacidades laborales prolongadas o recurrentes pueden ubicar a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por ejemplo, con las enfermedades catastróficas. En estos eventos se recomienda a la administración abstenerse de declarar la insubsistencia de una persona que se encuentre en un periodo de incapacidad prolongado o durante un tratamiento médico. En estos casos, la protección es temporal y condicionada a la vigencia de la incapacidad o la terminación del tratamiento médico⁶³.
10. En suma, la declaratoria de insubsistencia de servidor(a) en un cargo de libre nombramiento y remoción que se encuentra en situación de discapacidad **debe ser motivada** y expresar **las razones legales y constitucionales** por las cuales dicha acción se realiza para el mejoramiento del servicio⁶⁴.

E. FUERO SINDICAL

1. El fuero sindical implica que las personas amparadas por esta protección solo pueden ser desvinculadas después de una autorización judicial que las entidades deben solicitar según el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. Para

⁶² Artículo 53, 55 y 56 de la C.P. Convenio 15 de la OIT, ratificado por la Ley 411 de 1995. Corte Constitucional, sentencias T-292 de 2011 y T-372 de 2012, y auto 382 de 2014.

⁶³ Corte Constitucional, sentencias SU-087 de 2022, SU-049 de 2017 y T-198 de 2006.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 2015, radicado 11001-03-15-000-2015-00674-01(AC).

2

que un servidor(a) público(a) de libre nombramiento y remoción goce de fuero sindical debe acreditar alguna de las siguientes condiciones⁶⁵:

- No ejercer jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.
 - Estar afiliado o afiliada al sindicato.
 - Ser fundador o fundadora del sindicato.
 - Haber ingresado al sindicato con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, caso en el cual el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
 - Pertenecer a la junta directiva y subdirectiva del sindicato, federación o confederación de sindicatos dentro de los 5 principales los 5 suplentes.
 - Ser miembro de los comités seccionales como principal o suplente.
 - Ser 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 6 meses más.
2. Si los(as) servidores(as) públicos(as) de libre nombramiento y remoción acreditan alguna de las anteriores condiciones y por tanto tienen fuero sindical, entonces, las entidades públicas deben obtener permiso judicial respectivo con el fin de levantar el fuero sindical antes de proceder a su desvinculación.
3. Los(as) empleados(as) de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad **no gozan de fuero sindical y, por lo tanto, resulta viable la declaratoria de insubsistencia**. De la misma manera, tampoco podrán formar parte de la junta directiva del sindicato quienes se desempeñen como altos directivos en la respectiva entidad.
4. En suma, no pueden estar aforados los(as) empleados(as) de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad y opera la regla general de declaratoria de insubsistencia sin motivación.

IV. CONCLUSIONES

1. Los cargos de libre nombramiento y remoción son de alta confianza, excepcionales como medio de acceso a la función pública, se suplen a través de nombramientos ordinarios y, en principio, no gozan de estabilidad laboral, en el entendido que la remoción es libre.

⁶⁵ Artículo 406 modificado por artículo 12 Ley 584 de 2000 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Los cargos de libre nombramiento y remoción tienen una **estabilidad laboral precaria**. Por regla general, las personas que ocupan este tipo de cargos no gozan de la garantía de estabilidad laboral, de la cual gozan quienes ocupan cargos de carrera administrativa.
3. Una de las modalidades del retiro del servicio de quien está vinculado en un empleo de libre nombramiento y remoción corresponde a la declaratoria de insubsistencia.
4. Por regla general, el acto de retiro por insubsistencia de la persona de libre nombramiento y remoción es un **acto discrecional, de carácter particular**⁶⁶ y, **no debe ser motivado**⁶⁷. Este acto debe adecuarse a los fines de la norma que lo autoriza y la decisión debe ser justa y ponderada, y evitar la arbitrariedad y el capricho.
5. Las entidades deben tener presente el cumplimiento de las normas legales y reglas jurisprudenciales que protegen los derechos sujetos de especial protección constitucional.
6. Las personas cobijadas por la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada son quienes se encuentren, de manera temporal o permanente, en alguna de las siguientes circunstancias:
 - Mujeres en estado de embarazo y en licencia de maternidad: La estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo aplica incluso para cargos de libre nombramiento y remoción. Esta protección es temporal y se mantiene vigente durante los periodos del embarazo y de la licencia de maternidad.
 - Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica: El acto administrativo que declara insubsistente a servidores(as) público(as) de libre nombramiento y remoción que a su vez acreditaron ser madres o padres cabeza de familia debe ser motivado.
 - Personas prepensionados: De manera general debe protegerse a una persona prepensionada. En todo caso, para la desvinculación de empleados(as) públicos(as) de libre nombramiento y remoción que gocen de la protección por ser prepensionados(as) debe motivarse el acto administrativo.

⁶⁶Por tanto, debe cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de acuerdo con lo señalado en el artículo 138 del CPACA.

⁶⁷ Artículo 2.2.11.1.2. del Decreto 1083 de 2015; artículo 26 del Decreto 2400 de 1968; parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y artículo 44 del CPACA. Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000; y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicado 4578-16 y Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de abril de 2023, radicado 3814-2019.



- Personas con condiciones de discapacidad física o mental: La declaratoria de insubsistencia de servidor(a) en un cargo de libre nombramiento y remoción que se encuentra en situación de discapacidad debe ser motivada y expresar las razones legales y constitucionales por las cuales dicha decisión se adopta con fundamento en el el mejoramiento del servicio.
- Fuero sindical: No pueden estar aforados los(as) empleados(as) de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad y opera la regla general de declaratoria de insubsistencia sin motivación.

7. En estos casos, de manera excepcionalísima, la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de una persona en un cargo de libre nombramiento y remoción debe contener una motivación que atienda al mejoramiento del servicio y no la situación particular presente en el(la) servidor(as) pública que desempeña el cargo de libre nombramiento y remoción y que goza de alguna protección constitucional.



JHON JAIRO CAMARGO MOTTA
Director General (e)

Aprobó: Liliana Palacios Álvarez/Marcela Morales *[Signature]*
Revisó: María Fernanda Suárez Celly/ Jennyfer Díaz (DDN)/Vanessa García (DGI) *[Signature]*
Elaboró: Elena María Escobar Arbeláez (DPE)/José Manuel Nieves Rodríguez (DPE) *[Signature]*