



## Concepto 48791 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000048791\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000048791

Fecha: 07/02/2020 02:53:21 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS-Renuncia. REMUNERACION. Salario - cambio categoría municipio, retiro provisional - insubsistencia. Radicación No. 20202060010522 de fecha 09 de Enero de 2020.

En atención al oficio de la referencia, en el cual consulta si un alcalde puede declarar insubsistente o aceptar la renuncia de un empleado del nivel técnico que fue nombrado y posesionado el 31 de Diciembre por la anterior administración, la de un cargo de libre nombramiento y remoción como lo es el secretario de despacho que fue suspendido tres meses en los términos del artículo 157 de la ley 734 de 2002, si esta suspensión le otorga una estabilidad laboral a este funcionario y cuál sería el procedimiento administrativo para modificar los salarios de empleados del nivel técnico los cuales perciben su remuneración como si el municipio tuviera categoría tercera (3°) siendo que el mismo se encuentra en quinta o sexta categoría le sería aplicable el máximo de pago por concepto de salarios definidos por el gobierno nacional, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a su primera pregunta respecto la terminación del nombramiento en provisionalidad, es importante señalar que el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, respecto al retiro de los provisionales, establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*

Al respecto, la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, refirió:

*“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.”*

“(…)”

*Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.*

“(…)”

*“En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.* (Negrita y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, la Circular Conjunta No. [00000032](#) del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

*“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.*

*Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. [01](#) de 2008 o [04](#) de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.*

*Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley [909](#) de 2004 y los decretos reglamentarios”.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo [2.2.5.3.4](#). del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

Ahora bien, en relación con la renuncia, el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, establece:

“ARTÍCULO [2.2.11.1.3](#). *Renuncia*. Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla.

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito, y en el acto administrativo correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el servidor dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

La competencia para aceptar renunciaciones corresponde al jefe del organismo o al empleado en quien éste haya delegado la función nominadora.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado.

La presentación o la aceptación de una renuncia no constituyen obstáculo para ejercer la acción disciplinaria en razón de hechos que no hubieren sido revelados a la administración, sino con posterioridad a tales circunstancias.

Tampoco interrumpen la acción disciplinaria ni la fijación de la sanción.”

De acuerdo con lo anterior, toda persona que sirva en un empleo de voluntaria aceptación puede renunciar en cualquier momento, esta será por escrito, presentada esta renuncia su aceptación será por escrito, en el acto administrativo determinará la fecha en que se hará efectiva y esta aceptación no podrá ser superior a treinta (30) días de su presentación. Vencido este término de la renuncia el servidor podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo o continuar en el mismo caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

Por lo tanto, todo empleado público es libre de presentar la renuncia al empleo que desempeña y el retiro del servicio se producirá una vez aceptada la misma.

De otra parte, en cuanto si un empleado público que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción, al haber sido suspendido provisionalmente en los términos del artículo 157 de la ley 734 de 2002 le genera una estabilidad laboral 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)

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<sup>1</sup>, 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 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”. (Negrita y subrayado fuera del texto).

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 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 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 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, lo es de aplicación de manera

independiente a que sobre el empleado recaiga una medida de suspensión provisión en el ejercicio del cargo.

Finalmente, le corresponderá a la Administración evaluar cada caso en particular realizando un ejercicio de ponderación, a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado de libre nombramiento y remoción que se encuentra suspendido con base en la Ley 734 de 2002.

En cuanto al procedimiento para la modificación de los salarios a los empleados como consecuencia del cambio de categoría del respectivo municipio, es necesario señalar que sobre el tema de cambio de categoría de los municipios, los parágrafos 3° del artículo 1° y 4° del artículo 2° de la Ley 617 de 2000, que disponían la disminución automática de salarios cuando existiera una baja de categoría de un Departamento o un Municipio, fueron declarados inconstitucionales mediante sentencia C-1098 de 2001, en la cual la Corte Constitucional señaló:

*“3.1.5. Como fue ya advertido, los parágrafos 3° del artículo primero y 4° del artículo segundo de la Ley 617 de 2000, señalan que si una entidad territorial desciende de categoría, “los salarios y/o honorarios de los servidores públicos serán los que correspondan a la nueva categoría”, es decir, que serán reducidos. En consecuencia, dichos parágrafos contemplan que los servidores públicos de las entidades territoriales que desciendan de categoría, se verán afectados por una desmejora clara e incontrovertible de sus condiciones laborales.*

*Como es bien sabido, los derechos no son absolutos. Sin embargo, constata también la Corte que en esta oportunidad las autoridades no demostraron que la limitación de los derechos consagrados en el artículo 53 de la Constitución por parte de las normas acusadas, estaba dirigida a alcanzar un fin imperioso y que el medio era necesario y estrictamente proporcional para ello.*

*Además, lo que está en juego en este caso no es la movilidad del salario ni el criterio para su aumento. Por el contrario, los parágrafos acusados ordenan que los salarios sean nominalmente reducidos, de manera automática, generalizada e incondicionada. Esto menoscaba los derechos de los trabajadores y viola de manera directa una prohibición expresa. En efecto, el último inciso del artículo 53 dice: “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*

*Ante la contradicción evidente entre el texto constitucional citado y los parágrafos 3° del artículo primero y 4° del artículo segundo de la Ley 617 de 2000 procede la declaratoria de inexequibilidad de dichas normas legales.”*

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-1433 de 2000, señaló:

*“2.7. De las normas de la Constitución surge el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. En efecto, la exigencia de dicho deber surge: i) de la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y viii) de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede disminuir los referidos derechos.” (Subrayado fuera de texto).*

De conformidad con la jurisprudencia citada, en concepto de esta Dirección y respondiendo puntualmente a su pregunta, se considera que no se podrá disminuir el salario de los empleados públicos que vienen en el servicio, los cuales continuarán devengando el salario que percibían de acuerdo a la categoría en que se encontraba el municipio y teniendo en cuenta el Nivel al cual pertenece el empleo, la denominación, el código y el grado, hasta que cambien de empleo o se retiren del servicio.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica los empleados de la planta de personal de un municipio que cambia de categoría, continuarán devengando la asignación salarial correspondiente a los respectivos empleos que vienen desempeñando hasta que cambien de empleo o se retiren de la entidad, incluyendo el aumento que se decreta por el Gobierno anualmente.

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](http://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: Jose Fernando Arroyave

Aprobó. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:11