



Función Pública

Concepto 048701 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000048701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000048701

Fecha: 12/02/2021 04:56:55 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia de gerente de una ESE., por no cumplir con los requisitos. RAD. 20219000035672 del 24 de enero de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa que un gerente de una Empresa Social del Estado fue nombrado por el período comprendido entre el 27 de mayo de 2020 a marzo de 2024, el gerente a la fecha no ha sido evaluado en términos de su gestión como lo estable la norma, sin embargo a través de un acto administrativo motivado, se declara la insubsistencia de ese nombramiento, basado en que ese cargo en esencia es de libre nombramiento y remoción y que no cumple con la experiencia de debía acreditar, toda vez que la certificación laboral la emitió una empresa de empleos temporales, (...) refiere el acto administrativo que debió ser certificada por la entidad pública de salud en la cual prestó sus servicios profesionales. El acto administrativo con el cual se declara insubsistente el funcionario podrá ser recurrido en el término de 10 días hábiles después de su notificación, y un día después de la notificación del acto por parte del mandatario local se encarga a un nuevo funcionario en la gerencia, quien toma posesión del cargo aún sin estar ejecutoriado el acto administrativo, al respecto y con el fin de atender su solicitud, se proviene a efectuar las siguientes consideraciones de carácter general, y al final se procederá a dar respuesta a sus planteamientos:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

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.

No obstante, a modo de información general, el Decreto Ley [785](#) de 2005, Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley [909](#) de 2004, indica:

«ARTÍCULO 2°. NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a lo previsto en el presente decreto-ley y a los que establezca el Gobierno Nacional, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales.

ARTÍCULO 23. DISCIPLINAS ACADÉMICAS. Para el ejercicio de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior en cualquier modalidad, en los manuales específicos se determinarán las disciplinas académicas teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo o el área de desempeño.

En todo caso, los estudios aprobados deben pertenecer a una misma disciplina académica». (Subrayado fuera de texto)

La Ley 909 de 2004 señala en su Artículo 1º la clasificación de los empleos públicos como de Carrera, Libre nombramiento y remoción, de Período fijo y temporales; el nombramiento en los empleos de libre, de acuerdo con el Artículo 23 de la misma disposición se realiza mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la misma ley.

Respecto del retiro en dichos empleos, señala el Artículo 41 de la Ley 909 ibidem, que se hará por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 establece en el título 11 “Del retiro del servicio”, lo siguiente:

«ARTÍCULO 2.2.11.1.1 Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

1) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.

(...)

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.»

Al respecto, el Consejo de Estado en la Sentencia 00063 de 2017 consideró:

«(...) tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, el legislador quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto no motivado, de tal suerte que el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste, procediera a la desvinculación, siempre y cuando la necesidad del mejoramiento del servicio así lo aconsejara. No obstante, lo anterior, es de competencia de las partes desvirtuar o probar, según sea el caso, la presunción de legalidad de la cual se encuentran revestidos todos los actos administrativos.

(...)

Descendiendo al caso controvertido, la Sala observa que el señor XXXXXX para el momento en que fue retirado de la entidad mediante declaratoria de insubsistencia, se encontraba desempeñando un cargo considerado de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, circunstancia que hacía procedente que el nominador válidamente lo retirara del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.

No obstante, lo anterior, es necesario precisar, que el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, es lo que le confiere al nominador la posibilidad para disponer libremente de su provisión y retiro, lo que supone que su elección es por motivos de índole personal o de confianza.

Por su parte, el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionado, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y en donde la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, en concordancia a lo establecido en el Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.⁵

Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio, se presumen expedido con fundamento en supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional y con el único objetivo de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general.»

De acuerdo con lo señalado, en razón a la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción, la vinculación, así como el retiro resultan discrecionales por parte del nominador, de manera tal que los Actos Administrativos de retiro se presumen expedidos con el fin de garantizar el buen servicio público, presunción legal que deberá ser desvirtuada en sede jurisdiccional, en caso de que se considere que el retiro obedece a razones diferentes al buen servicio y al interés general.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

1. Es posible que un funcionario nombrado por período, sea declarado insubsistente basado en que el cargo en esencia es de libre nombramiento, sin que a la fecha se realizara la evaluación a su gestión y sin contar con calificación insatisfactoria.

R/. La Ley 909 de 2004 en el Artículo 41, respecto del retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, señala que se hará por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

2. Es legal el nombramiento realizado a un nuevo gerente encargado el día después de emitido el acto administrativo de insubsistencia, teniendo en cuenta que no se encuentra ejecutoriado.

R/. Este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

3. Se puede considerar que en el momento la entidad se encuentra en un limbo jurídico, toda vez que cuenta en el momento con dos gerentes.

4. Cuál de los dos gerentes se encuentra legalmente facultado para el manejo de la entidad, hasta que se resuelva el recurso presentado a la entidad o hasta que se encuentre en firme el acto administrativo.

R/. De conformidad con el Artículo 2.2.11.1.2 del Decreto 1083 ibidem, para el caso objeto de estudio, esta Dirección Jurídica considera que la designación del nuevo gerente implicó la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeñaba, y en ese sentido no habría dos gerentes.

Con 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:20:33