



Concepto 210401 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000210401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000210401

Fecha: 15/06/2021 05:10:02 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de Insubsistencia Empleos de Libre Nombramiento y Remoción. RAD. 20212060463452 del 4 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: *¿Se puede hacer uso de la facultad discrecional de la declaratoria de insubsistencia de un funcionario aun cuando este se encuentre en condición de incapacidad médica?* me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

"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)

Frente al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción la Ley 909 de 2004, señala:

"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 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". (Subrayado fuera del texto).

Sobre este tema el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, expresó:

"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, 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 Radicado 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)

La misma Corporación en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N°: 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), en relación con la insubsistencia de los servidores públicos de Libre Nombramiento y Remoción expresó:

"Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo."

Concretamente frente al caso de su consulta, se considera que la situación de la incapacidad no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro. Al respecto, el Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker, señaló:

"Por otra parte, es claro también que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.

La incapacidad, cierto es, da derecho al tratamiento asistencias correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, pero en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que ciertamente no es causal de ruptura de la relación laboral si no es en el supuesto del artículo 18, parágrafo, del Decreto ley 3135 de 1968 "el empleado o trabajador será retirado del servicio" ni tampoco confiere per se alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista." (subraya fuera de texto)

De acuerdo con la normativa transcrita, la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado, por tratarse de una causal autónoma de retiro del servicio, el cual goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; 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, 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.

Así mismo, se aclara que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia y, aunque da derecho al tratamiento asistencial correspondiente, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Conforme a la normativa y la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta Dirección Jurídica, considera que es procedente el retiro del empleado titular de un empleo de libre nombramiento y remoción, con el fin de mejorar el servicio que presta la entidad pública y por el predominio de los intereses generales en la función pública; sin que la situación de incapacidad por enfermedad constituya fuero de estabilidad, por cuanto esta situación no tiene incidencia en el vínculo laboral, que se rige por normas claras y perentorias, según las cuales la incapacidad no le otorga fuero de estabilidad al empleado.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link </eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: María Tello

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

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: 2024-12-11 18:48:10