



Concepto 159211 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000159211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000159211

Fecha: 28/04/2022 12:09:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ACTO ADMINISTRATIVO. Naturaleza. RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de Insubsistencia Empleos de Libre Nombramiento y Remoción. Declaratoria de Insubsistencia Evaluación de Desempeño no Satisfactoria RAD. 20222060161602 del 11 de Abril de 2022.

En atención a la solicitud de referencia, donde se pregunta 1. ¿Por qué las declaraciones de insubsistencia se consideran actos de ejecución? 2. ¿Por qué las declaraciones de insubsistencia carecen de posibilidad de ejercer recurso alguno en su contra?

Me permito indicar, sobre la declaratoria de insubsistencia, la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", 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 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". (Negrita y subrayado fuera del texto).

Por lo tanto, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio que para el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción 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. A la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Para el caso de los empleados de carrera administrativa, esta será procedente siempre que el servidor incurra en alguna de las causales indicadas en la constitución o la Ley.

Sobre los actos de ejecución, la Sentencia 2012-00680 de 2020 del Consejo de Estado, indicó:

La teoría del acto administrativo decantó la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional. En tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad,²⁰ hay tres tipos de actos a saber:

i) Preparatorios, accesorios o de trámite que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso, son instrumentales y no encierran declaraciones de la voluntad ni crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración.²¹

ii) Definitivos que el artículo 43 del cpaca define como «...los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación». La jurisprudencia advierte que son «...aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular...».

Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido.

iii) Los actos administrativos de ejecución que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa.

De acuerdo con las normas y la jurisprudencia citada y para dar respuesta al primer interrogante, el acto de declaratoria de insubsistencia se clasifica dentro de los actos administrativos como acto administrativo de ejecución, ya que su contenido se limita a dar cumplimiento a una decisión administrativa tomada por el nominador de la entidad pública en uso de su facultad discrecional o cuando advierta que el servicio público ha incurrido en alguna de las causales que la habilitan, según sea el caso.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de interponer recursos contra un acto administrativo que declara insubsistente un nombramiento provisional, me permito indicarle que la Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

ARTÍCULO 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

Sobre el particular, El Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección cuarta, Radicación número: 68001233300020130029601(20212) veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013), con relación a actos administrativos de ejecución ha expresado:

“... Así pues, un acto administrativo subjetivo o acto definitivo particular, es una declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que “los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones”. (Subrayado nuestro)

Por lo anterior, con relación a su consulta sobre la procedencia de los recursos de ley frente a los actos administrativos de terminación o declaratoria de insubsistencia de un empleado público con nombramiento provisional, le informo que por ser actos administrativos de ejecución (son actos definitivos), contra estos no proceden los recursos de Ley establecidos en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, frente a los actos administrativos de terminación o declaratoria de insubsistencia de un empleado público, por ser actos administrativos de ejecución no procederá recurso alguno sobre ellos.

En caso de requerir información adicional respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: María Laura Zocadagui

Reviso: Harold Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:20:36