



Concepto 242441 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000242441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000242441

Fecha: 16/06/2023 09:38:06 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción. RAD. 20232060292052 del 17 de mayo de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa «(...) trámite que realizó la alcaldía sobre el nombramiento del nuevo secretario de gobierno.

Los hechos son los siguientes.

El día 1 de marzo de 2023, fue suspendido por la investigación fiscal que adelanta la contraloría departamental de (...) el secretario de gobierno (...) por el alcalde designado.

Ese mismo día 1 de marzo de 2023 mediante resolución se me fue notificado del encargo como secretario de gobierno (...) la cual ejerzo el cargo de tesorero municipal.

El día de ayer 16 de marzo me enviaron una resolución donde se me terminaba el encargo como secretario de gobierno. donde declaran insubsistente al secretario de gobierno suspendido, y donde posesionan al nuevo secretario de gobierno en una sola resolución.

Sobre ese procedimiento realizado por la alcaldía donde declaran insubsistente al funcionario suspendido, donde posesionan a nuevo secretario de gobierno,

Está bien realizado el procedimiento o el trámite como lo dice la ley o la normatividad para colaborar de que no se esté incurriendo en una falta grave.»

Frente a su información, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, 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 respecto de la situación planteada, le informo:

Con respecto a la clasificación de los empleos públicos, tenemos que la Constitución Política de Colombia dispuso:

«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 2004², 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 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.» (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

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 es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; la cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar 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.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que, sobre la posibilidad de interponer recursos contra un acto administrativo que declara insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción, me permito indicarle que la Ley 1437 de 2011³, 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 â 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”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).»

Por lo anterior, frente a los actos administrativos de terminación o declaratoria de insubsistencia de un empleado público de libre nombramiento y remoción 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; de manera que, en caso de pretender controvertir dichos actos, deberá acudir a las autoridades judiciales correspondientes.

Finalmente, frente a su planteamiento «Está bien realizado el procedimiento o el trámite como lo dice la ley o la normatividad para colaborar de que no se esté incurriendo en una falta grave.

R/. De conformidad con el Decreto 430 de 2016, esta entidad carece de competencia para pronunciarse sobre las actuaciones internas de cada entidad y sobre sus implicaciones legales.

En consecuencia, y dadas las competencias de este Departamento Administrativo, y teniendo como fundamento que no tenemos facultad para intervenir en las situaciones concretas, en el evento en que considere que la entidad está incurriendo en una falta grave, podrá acudir a los organismos de control o vigilancia.

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 <https://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: Maia Borja

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.

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

3 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:03:53