



Concepto 134441 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000134441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000134441

Fecha: 03/04/2023 04:04:14 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO- Declaración de insubsistencia- Efectos fiscales de la declaración de insubsistencia- Radicado N° 20232060145302 de fecha 06/ 03/ 2023.

En atención a su solicitud por medio de la cual consulta: *Por favor para la siguiente consulta con relación a este tema: Me declararon insubsistente el 06/02/2023 y en el artículo cinco dice: "con efectos fiscales a partir del día 10/02/2023" ¿cómo debo interpretar esa fecha? ¿Que trabajó hasta el 09/02/2023? o ¿Hasta el 10/02/2023?*

Sea lo primero señalar que este Departamento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización

administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten singularidades.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho. Sin embargo, a manera de información me permito manifestarle lo siguiente:

El Decreto 1083 de 2015², con relación a la declaración de insubsistencia ordena:

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. 2) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera

administrativa.

3) Renuncia regularmente aceptada.

(...)

13) Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Con relación a la desvinculación, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-917 de 2010, con ponencia del Dr. JORGE IIVÁN PALACIO P, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión.

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.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. 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 sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados. (Subraya y resaltado fuera de texto).

A su vez, referente al salario, el Decreto en cita, ordena:

ARTÍCULO 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La

ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

(...).

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente. (Subraya fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el acto administrativo que declara la insubsistencia debe ser motivado, y solo es admisible una motivación donde la insubsistencia, invoque argumentos puntuales atinentes al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

Así las cosas, de la normativa y jurisprudencia trascrita a fin de dar una respuesta concreta a su inquietud, se indica que, los efectos fiscales se originan desde la posesión, generando una obligación de la entidad para el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales en favor del empleado y terminan con la declaración de insubsistencia y la fecha que el mismo acto administrativo señale para sus efectos fiscales.

Por tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, los derechos prestacionales y salariales del empleado declarado insubsistente, son reconocidos hasta el día que efectivamente preste el servicio.

Para mayor información 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 [/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

Proyecto: José Humberto Quintana Rodríguez

Revisó Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó Dr. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-08-22 06:13:44