



# Concepto 180811 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000180811\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000180811

Fecha: 14/05/2020 10:52:48 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - Empleados de Libre Nombramiento y Remoción - retiro empleado de libre nombramiento y remoción en Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19 RADICACIÓN No. 20209000130932 de fecha 1 de abril de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual informa que usted se desempeñaba como gerente de una empresa de servicios públicos, y que ahora durante la medida de emergencia ha sido removido del cargo lo cual ni se le ha notificado mediante ningún acta, ni la insubsistencia del cargo, frente a lo anterior, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente es importante señalar que en virtud del Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, este Departamento Administrativo no tiene dentro de sus funciones la facultad de intervenir en las actuaciones de las entidades, no es un ente de control y tampoco es competente para decidir si las actuaciones de las mismas, son o no ajustadas a derecho, competencia atribuida a los jueces de la república. No obstante, lo anterior, a manera general, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, 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.*

(...)

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 2004<sup>5</sup>, 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". (Negrita y subrayado fuera del texto).

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.

Adicionalmente se indica que, con la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19, y la expedición de los decretos para afrontar dicha emergencia, no se modificaron las normas sobre administración de personal y en tal sentido, tampoco sufrió modificación alguna las disposiciones sobre retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Finalmente, con relación a la notificación de los actos administrativos en este momento de emergencia originada por el covid 19, me permito manifestarle lo siguiente:

El Decreto [491](#) de 2020, Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los

contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, respecto del tema objeto de consulta dispuso:

**ARTÍCULO 4.** Notificación o comunicación de actos administrativos. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. Para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización.

En relación con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la expedición del presente Decreto, los administrados deberán indicar a la autoridad competente la dirección electrónica en la cual recibirán notificaciones o comunicaciones. Las autoridades, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la expedición del presente Decreto, deberán habilitar un buzón de correo electrónico exclusivamente para efectuar las notificaciones o comunicaciones a que se refiere el presente artículo.

El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

En el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

**PARÁGRAFO.** La presente disposición no aplica para notificación de los actos de inscripción o registro regulada en el artículo 70 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con lo anterior, se tiene que mientras dure la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos.

Establece el artículo precedente, que los administrados deberán indicar a la autoridad competente la dirección electrónica en la cual recibirán notificaciones o comunicaciones, es decir, es un deber de los usuarios, indicar un correo electrónico, para que sean recibidas las notificaciones o comunicaciones, lo anterior en caso que la administración no cuente con una que ya sea conocida para esta finalidad.

Para lo anterior, las autoridades, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la expedición del presente Decreto, deberán habilitar un buzón de correo electrónico exclusivamente para efectuar las notificaciones o comunicaciones.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Decreto, no fijó un plazo para informar sobre el correo de notificación, se entenderá que atendiendo que es un deber del administrado, lo deberá hacer en el menor tiempo posible; la entidad podrá fijar un plazo para tal efecto, en aras de no paralizar la administración mientras dure el estado de emergencia, el cual en su naturaleza tiene carácter transitorio.

En todo caso la administración será quien garantice la debida notificación, por lo tanto, deberá hacerla usando canales válidos para tal fin.

De otra parte, fue claro el Decreto, al definir que el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, por lo cual la administración deberá proceder conforme dicha disposición.

Ahora bien, el Decreto 593 de 2020, por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público, estableció:

**ARTÍCULO 3.** Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la

salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:

(...)

30. El funcionamiento de los servicios postales, de mensajería, radio, televisión, prensa y distribución de los medios de comunicación.

De manera que, en caso de no poder llevarse a cabo la notificación o comunicación, con el uso de las tecnologías de la información, el Decreto 593 de 2020, permite el funcionamiento de los servicios postales, de mensajería, radio, televisión, prensa y distribución de los medios de comunicación, por lo tanto, en criterio de esta Dirección jurídica el personal de la entidad que haga dichos servicios, podrá desarrollar sus actividades.

En consecuencia, como ya se indicó la notificación se hará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, notificando de manera personal.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó: Dr. José Fernando Ceballos

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2021-10-16 01:10:35