



Concepto 061801 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000061801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000061801

Fecha: 22/02/2021 03:50:33 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de Insubsistencia Empleos de Libre Nombramiento y Remoción. EMPLEO. Manual de Funciones y Competencias Laborales. EMPLEO. Funciones. Ejercicio de las funciones durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del COVID 19. RAD. 20212060050892 del 01 de febrero de 2021.

En atención al oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte del Ministerio del Trabajo, mediante el cual realiza algunos interrogantes, me permito manifestarle que los mismos, serán resueltos en el orden en el que fueron formulados, de la siguiente manera.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

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 anomalías al interior de las entidades, razón por la cual no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular, dado que dicha competencia radica en cabeza de los organismos de control del Estado.

No obstante, a modo de información general, sobre los siguientes interrogantes le informo:

-

Un secretario de despacho de la entidad municipal con vinculación laboral de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente del servicio.

R/. La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, dispone:

«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)

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, 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 2º. 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.» (Negrillas propias)

La Ley 909 de 2004 señala en su artículo 1º la clasificación de los empleos públicos como de Carrera, Libre nombramiento y remoción, de Período fijo y temporales; el nombramiento en los empleos de libre, de acuerdo con el artículo 23 de la misma disposición se realiza mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la misma ley.

Respecto del retiro en dichos empleos, señala el artículo 41 de la Ley 909 ibidem, que se hará por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 establece en el título 11 “Del retiro del servicio”, lo siguiente:

«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.

(...)

ARTÍCULO 2.2.11.1.2 *De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.*

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.»

Al respecto, el Consejo de Estado en la Sentencia 00063 de 2017 consideró:

«(...) tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, el legislador quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto no motivado, de tal suerte que el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste, procediera a la desvinculación, siempre y cuando la necesidad del mejoramiento del servicio así lo aconsejara. No obstante lo anterior, es de competencia de las partes desvirtuar o probar, según sea el caso, la presunción de legalidad de la cual se encuentran revestidos todos los actos administrativos.

(...)

Descendiendo al caso controvertido, la Sala observa que el señor XXXXXX para el momento en que fue retirado de la entidad mediante declaratoria de insubsistencia, se encontraba desempeñando un cargo considerado de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, circunstancia que hacia procedente que el nominador válidamente lo retirar del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún falso de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.

No obstante lo anterior, es necesario precisar, que el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, es lo que le confiere al nominador la posibilidad para disponer libremente de su provisión y retiro, lo que supone que su elección es por motivos de índole personal o de confianza.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionado, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y en donde la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, en concordancia a lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.⁵

Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio, se presumen expedido con fundamento en supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional y con el único objetivo de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general.»

De acuerdo con lo señalado, en razón a la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción, la vinculación, así como el retiro resultan discretionarios por parte del nominador, de manera tal que los Actos Administrativos de retiro se presumen expedidos con el fin de garantizar el buen servicio público, presunción legal que deberá ser desvirtuada en sede jurisdiccional, en caso de que se considere que el retiro obedece a razones diferentes al buen servicio y al interés general.

- En segundo lugar, cuáles son las obligaciones laborales de un empleado directivo durante la emergencia sanitaria por el COVID 19.

R/. El artículo 122 de la Constitución Política, establece:

«No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento... y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.» (Subrayado fuera de texto)

A su vez, 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, señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 19.- *El empleo público.*

1. *El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

2. *El diseño de cada empleo debe contener:*

a) *La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

b) *El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

c) *La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.»*

Atendiendo el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, esta Dirección Jurídica ha sido consistente en manifestar que el empleo público es el núcleo básico de la función pública, e implica un conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a su titular con las competencias requeridas para llevarlas a cabo, a efectos de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado; para lo cual los empleos se agrupan por niveles, correspondiendo igualmente una serie de responsabilidades y obligaciones de acuerdo a su nivel jerárquico, que como contraprestación el empleado recibirá una asignación básica mensual fijada previamente de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas por el Gobierno Nacional.

Así las cosas, el empleo debe ser entendido como la denominación, el código y el grado que se asignan para su identificación, así como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo.

Por consiguiente, la entidad a su interior debe establecer el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, en donde se identifiquen los perfiles requeridos y las funciones propias de cada empleo que se encuentre en la planta de personal, para el cumplimiento de los objetivos institucionales. Este es el soporte técnico que justifica y da sentido a la existencia de los cargos de la entidad.

Así las cosas, 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, se encuentra vigente, y sobre el tema señala:

«ARTÍCULO 1. Ámbito de aplicación. El presente Decreto aplica a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

ARTÍCULO 2. Objeto. El presente Decreto, en el marco de los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, tiene por objeto que las autoridades cumplan con la finalidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines y principios estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.»

Con el Decreto 491 de 2020 no se modificaron las normas de personal ni los manuales de funciones y competencias laborales, en donde se identifican los perfiles requeridos y las funciones propias de cada empleo que se encuentre en la planta de personal.

- Cuáles son los parámetros a tener en cuenta relacionados con la emergencia sanitaria que permitan medir la calidad del llamado teletrabajo.

R/. El Decreto 491 ibidem, señaló:

«ARTÍCULO 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.

En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. (Destacado nuestro)

PARÁGRAFO. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial.”

ARTÍCULO 15. Prestación de servicios durante el período de aislamiento preventivo obligatorio. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior públicas cumplan sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

-
En ningún momento la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de las mismas, podrán suspender la remuneración mensual o los honorarios a los que tienen derecho los

servidores públicos o docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior pública, respectivamente.

PARÁGRAFO. Cuando las funciones que desempeña un servidor público, un docente ocasional o de hora cátedra no puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, éstos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan.» (Subrayas y negrilla fuera del texto)

En virtud de los artículos anteriormente señalados se dispuso que, para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades¹ a que se refiere el artículo 1 del Decreto 491 de 2020, velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones; así mismo se indica que, durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades no podrán suspender la remuneración mensual de los servidores públicos.

Con el Decreto 491 de 2020 lo que se estipuló fue una nueva modalidad de trabajo (en casa), sin que se hayan suspendido la prestación de los servicios o las relaciones laborales, tampoco se modificaron las normas sobre administración de personal ni se suspendió la respectiva remuneración mensual de los servidores públicos; en dicho sentido, todas las entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, deben disponer de las medidas necesarias para que todos sus empleados, sigan cumpliendo sus funciones desde sus casas, con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, garantizando en todo caso la prestación del servicio público en la medida de lo posible.

Ahora bien, el Decreto 491 señaló que durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos cumplieran sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin embargo, con el Decreto 039 de 2021, se reguló la fase de Aislamiento Selectivo y Distanciamiento Individual Responsable que regirá en la República de Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID 19. (Artículo 1º)

Por su parte, el Decreto 039 ibidem, reguló la fase de Aislamiento Selectivo y Distanciamiento Individual Responsable que regirá en la Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID 19, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de marzo de 2021.

Ahora bien, en cuanto al trabajo en casa, el Decreto 039 de 2021, dispuso:

«ARTÍCULO 7. Cumplimiento de protocolos para el desarrollo de actividades. Toda actividad deberá estar sujeta al cumplimiento de los protocolos de bioseguridad que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para el control de la pandemia del Coronavirus COVID-19. Así mismo, deberán atenderse las instrucciones que para evitar la propagación del Coronavirus COVID-19 adopten o expidan los diferentes ministerios y entidades del orden nacional.

(...)

ARTÍCULO 9. Teletrabajo y trabajo en casa. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público y privado procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollem las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares.»

En virtud de lo anterior, se siguió estableciendo que durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollem las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares.

Para el caso que nos ocupa, debe indicarse que esta modalidad de trabajo en casa se estipuló durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria declarada por el COVID-19, es decir que es transitoria y está supeditada a que una vez superada, no será necesario la prestación de servicio mediante trabajo en casa, a menos que la entidad, en uso de sus facultades, adopte esta modalidad de manera permanente.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, no puede hablarse de prestar los servicios a cargo de una entidad o las funciones de un servidor público de manera “permanente” a través de trabajo en casa, ya que, como se indicó en precedencia, dicha modalidad se estableció mientras dura la emergencia sanitaria actual.

En todo caso, corresponderá a la entidad empleadora determinar si se requiere que el empleado preste sus servicios de manera presencial o virtual, de acuerdo a la naturaleza de las funciones propias del cargo mediante trabajo en casa.

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 <http://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: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *Todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*

Fecha y hora de creación: 2025-12-05 07:47:58