

**Función Pública**

Concepto 299321 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000299321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000299321

Fecha: 17/07/2023 05:36:01 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA – RADICADO: 20232060606682 del 8 de junio de 2023.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta: “Caso que se presenta en la alcaldía municipal de surata, el día 05 de junio el tesorero municipal de surata se encontraba laborando normalmente, en horas de la tarde fue emitida resolución declaratoria de insubsistencia del tesorero de la alcaldía de Surata empleado que al momento de ser notificado en su oficina sale corriendo de esta acudiendo al centro de salud más cercano donde le fue expedida una incapacidad medica por tres días a las 5 y 38 de la tarde su diagnóstico estrés laboral, negándose rotundamente a firmar el documento de notificación por estar incapacitado aludiendo que no puede ser declarado insubsistente, notificación que le fue enviada por correo electrónico ese mismo día”.

Sobre el particular, me permito manifestarle que, 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)

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.

La Ley 909 de 2004^[1], 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.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, afirma:

“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”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, señala:

“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)

Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión otorgando una prerrogativa o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea.

Respecto de la duración de un encargo, la Ley 909 de 2004^[2], modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera

tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.”
(Destacado nuestro)

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015^[3], sobre la forma de proveer las vacancias definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción, indicó:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan”.

(...)

“ARTÍCULO 2.2.5.5.44 Diferencia salarial. El empleado encargado tendrá derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular”.

De acuerdo con lo anterior, en los empleos de libre nombramiento y remoción la facultad discrecional del nominador, permite que los empleados sean retirados del servicio sin necesidad de motivar el acto administrativo; ahora bien, respecto del acto administrativo que comunica el retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, se encuentra que, en el caso puntualmente consultado y de acuerdo con los

hechos narrados, el empleado no quiso notificarse del mismo pero fue de su conocimiento, por lo que, resultaba viable la firma de testigos y así darse por comunicado para que surta sus efectos; igualmente teniendo en cuenta que el correo institucional es el medio a través del cual la administración se comunica con sus colaboradores, resulta viable que a través del mismo se surtan las diligencias administrativas correspondientes.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

[1] “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

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

[3] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:31:09