

Medellín, 10 de noviembre de 2023

Doctor  
**WILLIAM YEFFER VIVAS LLOREDA**  
 Personero Distrital de Medellín  
 Medellín

Asunto: Concepto Jurídico –Declaratoria de Insubsistencia

En atención a la solicitud de conceptuar sobre la posibilidad de “*declarar insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, sin importar que este servidor se encuentre en licencia por incapacidad por enfermedad general*”, se procede a emitir el respectivo concepto jurídico en los siguientes términos:

#### Del problema jurídico planteado:

La cuestión a resolver radica básicamente en conceptuar si existe la posibilidad de “*declarar insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, sin importar que este servidor se encuentre en licencia por incapacidad por enfermedad general*”.

A efectos de dar respuesta al interrogante, se procede a realizar un recuento normativo y jurisprudencial con el objetivo de enmarcar dicha situación desde el punto de vista legal. Veamos:



#### Del retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción:

El artículo 125 de la Constitución Política señala:

*“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.*

YGIRALDO

#atención: 859259941

PROYECTO: YGIRALDO 		REVISÓ: AMRESTREPO 	
CODIGO:	FGJU005	VERSION:	5
RESOLUCION:	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Línea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			



*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

**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.**

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

*PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido". (Subrayas y negrillas fuera del texto).*

Ahora bien, frente al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción 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:

**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;**

*b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*

*c) <Literal INEXEQUIBLE>*

YGIRALDO

#atención: 859259941

ROYECTO: YGIRALDO		REVISOR: AMRESTREPO	
CODIGO:	FGJU005	VERSION:	5
RESOLUCION:	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Linea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			



- d) *Por renuncia regularmente aceptada;*
- e) *<Literal CONDICIONALMENTE executable> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*
- f) *Por invalidez absoluta;*
- g) *Por edad de retiro forzoso;*
- h) *Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*
- i) *<Literal CONDICIONALMENTE executable> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*
- j) *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*
- k) *Por orden o decisión judicial;*
- l) *Por supresión del empleo;*
- m) *Por muerte;*
- n) *Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*

**PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>**



**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.**

(Negritas y subrayas fuera del texto)

YGIRALDO

#atención: 859259941

ROYECTO: YGIRALDO 		REVISOR: AMRESTREPO 	
CODIGO:	FGJU005	VERSION:	5
RESOLUCION:	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Línea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			



Frente a este tema en particular, vale decir, el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, expresó:

*«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.»*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado 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 igual forma, la misma Corporación en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N: 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), en relación con la insubsistencia de los servidores públicos de Libre Nombramiento y Remoción expresó:

*«Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios»*

YGIRALDO

#atención: 859259941

ROYECTO: YGIRALDO		REVISOR: AMRESTREPO	
CODIGO:	FGJU005	VERSION:	5
RESOLUCION:	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Linea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			



*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. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo».*

Como bien se puede observar, no queda duda que según lo plasmado en la Ley y lo expresado por la jurisprudencia del Alto Tribunal, el empleado de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier tiempo, 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.



**Del retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción que se encuentren en incapacidad:**

Ahora bien, frente al caso concreto de la declaratoria del insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción que se encuentre en incapacitado, tal como lo ha conceptualizado el Departamento Administrativo de la Función Pública, se considera que la situación de la incapacidad no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro<sup>1</sup>.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, señaló:

*«Por otra parte, es claro también que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.*

1 Concepto 067261 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública  
YGIRALDO #atención: 859259941

PROYECTO: YGIRALDO 		REVISOR: AMRESTREPO 	
CODIGO:	FGJU005	VERSION	5
RESOLUCION	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Linea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			



*La incapacidad, cierto es, da derecho al tratamiento asistencial correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, pero en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.*

*Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que ciertamente no es causal de ruptura de la relación laboral si no es en el supuesto del Artículo 18, parágrafo, del Decreto ley 3135 de 1968 “el empleado o trabajador será retirado del servicio” ni tampoco confiere per se alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista.»*

Por lo tanto, se puede concluir que, el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción no confiere “prerrogativa de permanencia” o fuero de estabilidad al empleado que lo ocupa, y que por disposición de la ley, el nominador pueda ejercer la facultad discrecional de remoción sin motivar el acto y bajo la presunción legal de que se expide con el fin de mejorar el servicio público, obliga a que quien alegue su ilegalidad, tenga que desvirtuar la presunción aportando las pruebas de tal ilegalidad<sup>2</sup>.



### Conclusiones:

Visto lo anterior se puede concluir que, la competencia para efectuar el retiro de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado, por tratarse de una causal autónoma de retiro del servicio, el cual goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; 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.

2 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A, CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022), Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho, Radicación: 25000-23-42-000-2015-00913-01( 3645-2019).

YGIRALDO

#atención: 859259941

PROYECTO: YGIRALDO 		REVISOR: AMRESTREPO 	
CODIGO:	FGJU005	VERSION:	5
RESOLUCION:	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Linea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			



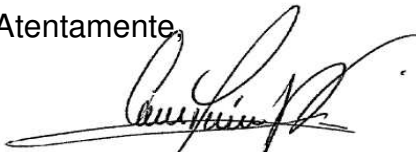


Así mismo, se puede concluir que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia, y aunque da derecho al tratamiento asistencial correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar<sup>3</sup>.

Conforme a lo anterior, se considera que es procedente el retiro del empleado titular de un empleo de libre nombramiento y remoción mediante acto no motivado, con el fin de mejorar el servicio que presta la entidad pública y por el predominio de los intereses generales en la función pública; sin que la situación de incapacidad por enfermedad constituya fuero de estabilidad por cuanto esta situación no tiene incidencia en el vínculo laboral, que se rige por normas claras y perentorias, según las cuales la incapacidad no le otorga fuero de estabilidad al empleado.



En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 DE 2011) y por tanto, no debe constituirse en criterio de interpretación o motivación para el destinatario del mismo, ni compromete la responsabilidad de la Personería Distrital de Medellín.

Atentamente,



**ANA MARÍA RESTREPO RESTREPO**  
Asesora de Despacho 20D  
Líder del Proceso de Gestión Jurídica

3 Concepto 067261 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública  
YGIRALDO #atención: 859259941

ROYECTO: YGIRALDO 		REVISOR: AMRESTREPO 	
CODIGO:	FGJU005	VERSION	5
RESOLUCION	804	VIGENCIA:	10/11/2022
CENTRO CULTURAL PLAZA LA LIBERTAD Carrera 53A N° 42-1017 Conmutador +57(4)384 99 99 - Fax +57(4) 381 18 47 Linea Gratuita: 018000941019 Email: info@personeriamedellin.gov.co/Pág: www.personeriamedellin.gov.co			

