



Función Pública

Concepto 255181 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000255181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000255181

Fecha: 14/07/2022 06:19:50 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO â Declaratoria de Insubsistencia Empleos de Libre Nombramiento y Remoción PRESTACIONES SOCIALES. Vacaciones. cuando al empleado público se le han interrumpido las vacaciones y es retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las mismas. Radicado No. 20222060314332 de fecha 8 de junio de 2022.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública, en atención a su comunicación de la referencia remitida por el Jefe División de Personal de la Cámara de Representantes, por medio de la funcionaria Edith Giovanna Rodríguez Parra, pero que en la remisión no se relaciona el nombre, dirección de correo electrónico del peticionario, por lo que se dirigirá la respuesta a la persona relacionada en la remisión, mediante la cual solicita concepto:

En ocasión a su primer interrogante,

“Comedidamente solicito concepto en relación a las siguientes situaciones en que pueden encontrarse funcionarios de las unidades de trabajo legislativos, teniendo en cuenta que su tipo de vinculación es de libre nombramiento y remoción y que sus nombramientos van hasta cuando termina el periodo Congresista, esto es, 19 de julio de 2022, como quiera que se extingue la investidura del congresista, conforme en el artículo primero de la ley 186 de 1995 y el artículo 183 de la constitución nacional, así:

1. Funcionarias embarazadas
2. Funcionarias con licencia de maternidad
3. Funcionarias con licencia por incapacidad por enfermedad general
4. Y los funcionarios que se encuentren pre- pensionados y
5. Frente al tema de vacaciones.

Interrogantes;

S teniendo el periodo legislativo, ¿debe mantenerse la vinculación laboral a los funcionarios en la situación anteriormente descrita?”

De forma general sobre la situación descrita 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)

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.

Ahora bien, de forma general se desarrollarán las disposiciones aplicables para los servidores de libre nombramiento y remoción de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, toda vez que en la Ley 5 de 1992¹ aplicable a los empleados administrativos del congreso, no se desarrolla esta materia.

Es así como, la Ley 909 de 2004², 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. (Negrillas propias)

Por su parte el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, estableció:

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.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la declaratoria de 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, 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 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 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 la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, 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.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Decisiones discrecionales).

En este orden de ideas, al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

Ahora bien, Respecto de la estabilidad laboral reforzada para funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia de unificación [SU003/18](#)³, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, afirmo;

Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “prepensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

(...)

La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. (Negrilla propia)

De conformidad con lo expuesto por el tribunal de cierre, es claro que los empleados de libre nombramiento y remoción, por regla general no gozan de estabilidad laboral reforzada y en el caso bajo análisis, es necesario aclarar si se tiene la calidad de pre pensionado o no, por lo cual en la misma providencia del Consejo de Estado se estableció:

Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación

jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Así las cosas, de acuerdo con lo mencionado en la consulta, el funcionario ya cumple con los requisitos de semanas de cotización y edad, por lo cual no hay lugar a considerar que sea beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, como consecuencia puede ser objeto de declaratoria de insubsistencia.

Concretamente frente al caso de su consulta, si el empleado de libre nombramiento y remoción en situación de embarazo, licencia de maternidad, pre- pensionados etc. no existe impedimento legal para que sea declarado insubsistente por el nominador en cualquier tiempo, por cuanto, el retiro por insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción es una causal de retiro del servicio autónoma e independiente, no obstante en el caso de un empleado pre- pensionado, la entidad podrá valorar la situación del empleado y considerar su permanencia en el cargo en razón a la dificultad que acarrearía conseguir nuevo empleo que le permita continuar con la cotización para acceder a la pensión de vejez, dicha ponderación es propia de la entidad u organismo público.

Frente a su segundo interrogante, se permite indicar esta Dirección Jurídica, que no es clara su pregunta, por qué se dará respuesta con relación a la reubicación.

La Ley 5 de 1992 ya citada, señala:

ARTÍCULO 385. VINCULACIÓN LABORAL. 1318 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La vinculación laboral de los empleados que conforman las plantas de personal creadas por esta ley, se hará por medio de resolución de nombramiento, expedida por el Director Administrativo en la Cámara de Representantes o el Director General Administrativo del Senado, con la firma del Secretario General respectivo.

Los empleados de la planta de personal señalados en el articulado de esta ley prestarán sus servicios en las dependencias donde fueron nombrados, o donde las necesidades del servicio así lo exijan, pero no podrán hacerlo en las oficinas de los congresistas. La violación a lo aquí preceptuado será causal de mala conducta, tanto del empleado, como del Director Administrativo de la correspondiente Cámara, según el caso, quienes serán sancionados con la pérdida de sus cargos.

(...)” “ARTÍCULO 388. UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DE LOS CONGRESISTAS.

868 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Cada Congresista contará, para el logro de una eficiente labor legislativa, con una Unidad de Trabajo a su servicio, integrada por no más de 10 empleados y/o contratistas. Para la provisión de estos cargos cada Congresista postulará, ante el Director Administrativo, en el caso de la Cámara y ante el Director General o quien haga sus veces, en el caso del Senado, el respectivo candidato para su libre nombramiento y remoción o para su vinculación por contrato.

La Planta de Personal de cada Unidad de Trabajo Legislativo de los Congresistas se conformará dentro de las posibilidades que permite la combinación de rangos y nominaciones señalados en este artículo a escogencia del respectivo Congresista. El valor del sueldo mensual de dicha planta o Unidad de Trabajo no podrá sobrepasar el valor de 50 salarios mínimos legales mensuales para cada unidad.

Los cargos de la Unidad de Trabajo Legislativo de los Congresistas tendrán la siguiente nomenclatura y escala de remuneración: (...)

PARÁGRAFO. Cuando se trate de la Calidad de Asesor, podrá darse la vinculación por virtud de contrato de prestación de servicios debidamente celebrado. El Congresista podrá solicitar a la autoridad nominadora que disponga la iniciación de las labores contratadas desde el mismo momento de la designación del Asesor.

En el evento de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, no se considerarán prestaciones sociales en el valor del contrato celebrado, ni habrá lugar al reconocimiento o reclamación de ellas; salvo de los aportes al régimen de seguridad social que serán pagados por el Congreso.

Las calidades para ser asesor serán definidas mediante resolución de la Mesa Directiva de la Cámara y de la Comisión de Administración del Senado, conjuntamente.”

De acuerdo con lo anterior, se concluye que cada Congresista contará con un grupo de apoyo, que bien puede estar conformado por empleados públicos de libre nombramiento y remoción, o por contratistas, éstos últimos vinculados mediante un contrato de prestación de servicios, razón por la cual resulta potestativo de cada Congresista conformar su grupo de trabajo y no se encuentra la posibilidad de que un servidor de una unidad sea “reubicado en otra área”, a menos que el congresista respectivo, así lo solicite.

Frente a su tercer interrogante,

En relación con el reconocimiento de prestaciones sociales tenemos que la Ley 5 citada, establece:

ARTICULO 386. Personal actual. Los empleados que a la expedición de la presente Ley se encuentren vinculados al Congreso y sean nombrados en un cargo de la nueva planta, seguirán disfrutando de las prestaciones sociales en los términos y condiciones legales establecidos a la fecha y expedición de esta Ley.”

Conforme a lo anterior existen unas prestaciones sociales que rige para los empleados de congreso que pertenecían a la planta de personal señaladas en las leyes 52 de 1978 y 28 de 1983 y pasaron a ocupar cargos en la planta de personal fijada por la Ley 5ª. de junio 17 de 1992, quienes continuarán devengando las primas y prestaciones sociales que venían disfrutando antes.

A los empleados vinculados con posterioridad a la Ley 5ª. de junio 17 de 1992, se rigen por las normas generales aplicables a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional se les aplica las normas establecidas para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público., de conformidad con el parágrafo del artículo 384 ibídem, que consagra:

PARÁGRAFO. Mientras se expiden las normas sobre carrera administrativa de la Rama Legislativa, se aplicarán las normas generales de Carrera Administrativa que rigen para la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo que sean compatibles”. (Subrayado fuera de texto)

De esta manera frente al aplazamiento de las vacaciones, tenemos que el Decreto Ley 1045 de 1978, establece:

ARTÍCULO 14.- Del aplazamiento de las vacaciones. Las autoridades facultadas para conceder vacaciones podrán aplazarlas por necesidades del servicio. El aplazamiento se decretará por resolución motivada. Todo aplazamiento de vacaciones se hará constar en la respectiva hoja de vida del funcionario o trabajador.»

Si la entidad ha programado y pagado lo correspondiente a las vacaciones de un servidor público y este no ha iniciado su disfrute, la entidad podrá aplazarlas por necesidades del servicio, dicho aplazamiento deberá plasmarse en un acto administrativo motivado y constará en la hoja de vida del servidor público.

Ahora bien, frente al tema de interrupción de las vacaciones, el mismo Decreto Ley 1045, establece:

ARTICULO 15. DE LA INTERRUPCIÓN DE LAS VACACIONES. El disfrute de las vacaciones se interrumpirá cuando se configure alguna de las siguientes causales:

- a. Las necesidades del servicio;
- b. La incapacidad ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo, siempre que se acredite con certificado médico expedido por la entidad de previsión a la cual esté afiliado el empleado o trabajador, o por el servicio médico de la entidad empleadora en el caso de que no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión;
- c. La incapacidad ocasionada por maternidad o aborto, siempre que se acredite en los términos del ordinal anterior;
- d. El otorgamiento de una comisión;
- e. El llamamiento a filas.

ARTICULO 16. DEL DISFRUTE DE LAS VACACIONES INTERRUMPIDAS. Cuando ocurra interrupción justificada en el goce de vacaciones ya iniciadas, el beneficiario tiene derecho a reanudarlas por el tiempo que falte para completar su disfrute y desde la fecha que oportunamente se señale para tal fin. La interrupción, así como la reanudación de las vacaciones, deberán decretarse mediante resolución motivada expedida por el jefe de la entidad o por el funcionario en quien se haya delegado tal facultad.»

Una vez el servidor público ha iniciado el descanso de su período vacacional, la entidad podrá interrumpir las mismas por los eventos arriba descritos, entre ellos por necesidades del servicio, por enfermedad general o por el otorgamiento de una comisión.

Cabe agregar, que en virtud de lo plasmado en el artículo 16 del citado decreto, la interrupción surge cuando ya se ha iniciado el goce de las

vacaciones, y debe ser decretada mediante resolución motivada; por consiguiente, el beneficiario tiene derecho a reanudarlas por el tiempo que falte para completar su disfrute y desde la fecha que oportunamente se señale para tal fin.

Respecto de la compensación de las vacaciones, la norma, dispone:

ARTÍCULO 20 - DE LA COMPENSACIÓN DE VACACIONES EN DINERO. - Las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a.- Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año.

b.- Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.» (Subraya fuera del texto).

En relación con este tema la Corte Constitucional en sentencia [C-598](#) de 1997 afirmó:

«Las vacaciones constituyen un derecho del que gozan todos los trabajadores, como quiera que el reposo es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza y la dedicación para el desarrollo de sus actividades. Las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado. Por ello, la compensación en dinero de las vacaciones está prohibida, salvo en los casos taxativamente señalados en la ley, puesto que la finalidad es que el trabajador efectivamente descanse. Una de las situaciones de excepción es en caso de que los trabajadores se desvinculen del servicio, y no hayan gozado de su derecho al descanso remunerado, pueden recibir una indemnización monetaria.» (Subrayado nuestro).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, cuando la administración interrumpe las vacaciones por necesidades del servicio, queda pendiente por parte del servidor el disfrute del tiempo correspondiente.

Por lo tanto, habrá lugar a indemnización a un empleado que le fueron pagas y reconocidas las vacaciones, pero quedaron pendientes de disfrutar debido al retiro del servidor público definitivamente del servicio, por lo tanto, se tendrán que pagar en la respectiva liquidación.

La figura de indemnización procede para la interrupción y el aplazamiento cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Cuando el empleado no disfruta el descanso remunerado y son aplazadas mediante acto administrativo y el mismo se retira, se debe al servidor el disfrute pues ya se ha entregado la remuneración o valor de las vacaciones, entonces al momento del retiro habrá lugar en la liquidación al reconocimiento de los días que el empleado laboró y que en realidad debería haber estado descansando; es decir, deberán ser compensados.

La compensación de las vacaciones procede cuando hay un acto administrativo que las autorice y se suspendan o cuando se terminó el vínculo legal y reglamentario y no las pudo disfrutar.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Yaneirys Arias.

Reviso: Maía V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López C

11602.8.4

1 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”

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

3 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm>

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 02:57:34