



Concepto 139571 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000139571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000139571

Fecha: 03/05/2019 04:19:50 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Vacaciones. Radicación. 201990001071782 del 22 de marzo de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre la competencia para conceder las vacaciones de los gerentes de las empresas descentralizadas del orden municipal y sobre la procedencia de declarar insubsistente de un funcionario de libre nombramiento y remoción durante el disfrute de sus vacaciones, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política, en su artículo 315 estableció sobre las atribuciones de los alcaldes:

"ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde:

(...)

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes".

El artículo 9º del Decreto 1045 de 1978¹ aplicable a las entidades territoriales por disposición del Decreto 1919 de 2002, establece que salvo disposición en contrario, las vacaciones serán concedidas por resolución del jefe del organismo o de los funcionarios en quienes el delegue tal atribución.

El artículo 12 del Decreto 1045 de 1978, establece que las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas.

De lo expuesto se infiere que el competente para autorizar las situaciones administrativas en las que se puede encontrar un servidor público es el nominador; razón por la cual, en criterio de esta Dirección, le corresponde al Alcalde, por ser el nominador del Gerente de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local del orden municipal, autorizar las vacaciones oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas.

De otra parte en cuanto a la declaratoria de insubstancia de los empleados de libre nombramiento y remoción durante el disfrute de sus vacaciones, es pertinente indicar que estos no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y 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.

Con respecto a la forma de retiro a través de la declaratoria de insubstancia del nombramiento 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", 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 insubstancia 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. (Negrita y subrayado fuera del texto).

La insubstancia 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 insubstancia ha de llegar cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Es importante resaltar que el acto de declaratoria de insubstancia goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

Sobre el particular, 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 insubstancia, 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)

El Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil

ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación Nº: 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), expresó en relación con la insubstancia de los funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción:

"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 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." (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se considera viable declarar la insubstancia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio. Se reitera que el acto por el cual se declara la insubstancia de un empleado de libre nombramiento y remoción no es motivado.

De acuerdo con lo anterior, se podrá declarar la insubstancia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, siempre que la declaratoria obedezca a una necesidad de mejoramiento del servicio, sin que se motive el acto administrativo respectivo

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/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: Ruth González Sanguino

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

-
1. por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:04:04