



**Función Pública**

## Concepto 086841 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000086841\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000086841

Fecha: 11/03/2021 05:36:28 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA - Empleo de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20219000112712 del 02 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de que a un empleado de libre nombramiento y remoción declaren la insubsistencia del nombramiento pese al aislamiento declarado por la Emergencia Sanitaria generada por el coronavirus (COVID-19), si es procedente, qué tiempo dispone la ley para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, me permito indicarle lo siguiente:

En la Ley 909 de 2004<sup>1</sup>, se dispone lo siguiente en relación con el retiro del servicio de los empleados nombrados en un empleo de libre nombramiento y remoción:

*"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". (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

En ese entendido, los empleados cuya vinculación se encuentra en un empleo de libre nombramiento y remoción, puede ser removida por voluntad discrecional del nominador u empleador y posteriormente declararse la insubsistencia del nombramiento.

Por su parte, en pronunciamiento de la Corte Constitucional<sup>2</sup>, señaló criterios que deben tenerse en cuenta para clasificar con base en las funciones de un empleo como de libre nombramiento y remoción, con lo siguiente:

*“Cuando se evalúa si un cargo debe ser de libre nombramiento y remoción debe observarse si él comporta funciones de dirección institucional o una relación especial de confianza con un funcionario que desempeñe tareas de conducción institucional. Con todo, en relación con el factor confianza importa recordar que la misma Corte ha advertido que cuando se habla de ella no se hace referencia “a la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública”, sino a la que responde “al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial, aquéllas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata”*

Por ello, y según lo expuesto anteriormente, la naturaleza de los empleos que se encuentran para proveer bajo libre nombramiento y remoción obedece a que requieren de confianza por parte del nominador o empleador, ya que en ellos se manejan asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y cautela en el ejercicio de las funciones del empleado, facultando al nominador para declarar la insubsistencia mediante acto administrativo no motivado a un empleado que se encuentre nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción.

Finalmente, es preciso indicar que una vez revisada la normativa expedida por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, principalmente el Decreto Ley 491 de 2020, no se evidencia una que haya señalado a las entidades u organismos públicos la imposibilidad de retirar del servicio a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, en consecuencia, se reitera, que el retiro de un empleado vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional con la que cuenta el nominador.

Ahora bien, con respecto al tiempo que dispone la ley para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de un empleado que fue declarado insubsistente, en lo que concierne al pago de la prestación social de cesantías definitivas, la Ley 1071 de 2006<sup>3</sup> consagra que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Dispone la misma norma en su Artículo 5°, que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos al beneficiario, un día de salario por cada día en mora hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este Artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Para las demás prestaciones sociales, no existe una norma que disponga un término para su liquidación y pago.

No obstante, la Corte Constitucional<sup>4</sup>, precisó acerca de la importancia del pago oportuno y completo de todas las obligaciones salariales dejadas de cancelar al trabajador. Al respecto dijo lo siguiente:

*"a. El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.*

*b. La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las*

aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

(...).

*h. Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares.”.*

La misma corporación<sup>5</sup>, esta vez, se pronunció con respecto a los pagos a cargo del empleador al momento del retiro de un trabajador, concluyendo lo siguiente:

*“En el presente caso, la situación de las demandantes resulta bastante apremiante, máxime cuando, la entidad demandada, no sólo reconoce abiertamente adeudarles los salarios de siete meses, sino que además, confirma que los recursos por concepto de liquidación de las trabajadoras, tampoco les han sido pagados, lo cual resulta más grave aún, pues ha de entenderse que los dineros que todo empleador debe cancelar a los trabajadores al momento de finalizar una relación laboral, tienen como finalidad primordial, la de cubrir las necesidades básicas y elementales que son inaplazables para todo ser humano y que servirán como sustento económico hasta tanto se vincule nuevamente a otro trabajo. Por ello, la imposibilidad por parte de las accionantes, de cumplir a cabalidad sus obligaciones más elementales como vivienda, alimentación y vestuario hace presumir la afectación al mínimo vital, y a las condiciones mínimas de vida digna.”*

Así las cosas, esta Dirección considera que la entidad debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan al finalizar la relación laboral con los servidores, dándose un plazo moderado para tal fin, de tal forma que no se ocasione un perjuicio o ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y sus familiares, teniendo en cuenta su nueva situación de desempleados. Se entenderá que, si la norma busca la protección del mínimo vital tanto del nuevo desempleado como de su familia, no es procedente cualquier retención de sus prestaciones ya que iría en contravía de la norma garante.

Para más 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: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"
2. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 1994, Referencia: Sentencia No. C-514/94 [MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo]
3. "por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación."
4. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, 9 de diciembre de 1999, SU 995 de 1995, [MP Dr. Carlos Gaviria Díaz]
5. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 24 de julio de 2000, Referencia: expedientes T-305836 y T-305837, [MP Alejandro Martínez Caballero]

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-13 15:15:50*