



Concepto 181201 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000181201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000181201

Fecha: 17/05/2022 12:02:09 p.m.

Referencia: EMPLEO. Ley de Garantías Radicado: 20222060176282 del 26 de abril de 2022

En atención al traslado por competencia realizado por el Ministerio de Justicia de una comunicación anónima, en la cual consulta: “*Se puede declarar insubsistente un nombramiento de funcionario de libre nombramiento y remoción en vigencia de la ley de garantías cuando se tiene indicios de que se encuentra adelantando detrimento patrimonial de la entidad pública*”

Al respecto, me permito advertir, en primer lugar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa. Razón por la cual no se encuentra facultado para pronunciarse sobre situaciones particulares ni para resolver sobre la legalidad de las actuaciones internas de las entidades públicas. No obstante, me permito dar respuesta de manera general a sus interrogantes, así:

La Constitución Política de Colombia, establece:

“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. (...)”

Según la normativa expuesta, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Es así como, la Ley 909 de 2004, por la cual se expedían normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, respecto a las clases de nombramientos de los empleados públicos, señala:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley. (...)".

De conformidad con lo anterior tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los otros criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Respecto al concepto u objeto “de libre nombramiento y remoción” se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza puede ser nombrada y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

Los empleados de libre nombramiento y remoción 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.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 dispone que los empleos de los organismos y entidades a las cuales se le aplica esta ley (artículo 3 ibidem) son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de periodo fijo, conforme a la Constitución y la ley, los de los trabajadores oficiales, aquellos que son ejercidos por las comunidades indígenas y los de libre nombramiento y remoción.

De manera que, aquellos empleos públicos que se proveen bajo la figura de libre nombramiento y remoción, no tienen en su denominación el carácter de carrera administrativa, si no que contienen dentro de su naturaleza aquellas funciones que requieren entre otras, de la dirección, conducción y orientación institucional, de especial confianza por el manejo de bienes, dineros y/o valores del Estado o que cumplen funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

Ahora bien, frente a la declaratoria de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, en la ley anteriormente enunciada establece:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

(...)

“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”.

En ese entendido, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para su desempeño, y aquellos servidores que los ocupen, podrán ser removidos por voluntad discrecional del nominador u empleador y posteriormente declararse la insubsistencia del nombramiento mediando acto administrativo no motivado, por la especial confianza que caracteriza el ejercicio de estos empleos.

Una vez precisado lo anterior, tenemos que la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005², Ley de Garantías Electorales, en su artículo 32, sostiene:

“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

Parágrafo. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.

(...)

ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

PARÁGRAFO. (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa".

En cuanto a la interpretación de esta norma, esta Dirección Jurídica ha señalado de manera reiterada que se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel territorial de la Rama Ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular y que se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

En ese sentido, está prohibida la provisión de cargos salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia [C-1153](#) de 2005, la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña; es decir, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

Ahora bien, en cuanto a la declaración de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y este Departamento Administrativo de la Función Pública y, mediante circular conjunta 100-006 de 2021 conceptuaron:

"*¿Puede declararse la insubsistencia de un empleado de nombramiento y remoción en vigencia de la Ley 996 de 2005?*

Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no podrán declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido.

En las entidades de la Rama Ejecutiva no es posible declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 29 de enero de 2022 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, toda vez que esta causal deriva del ejercicio de la facultad discrecional del nominador e implica la modificación de la nómina estatal, situación que se encuentra restringida para impedir que se utilicen los empleos públicos en favor de un candidato a ocupar un cargo de elección popular o causa política

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha afirmado también que en casos absolutamente excepcionales es posible, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, desvincular a un funcionario durante el periodo en el que están en vigencia las restricciones de la Ley 996 de 2005. Así, señaló:

"En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser (sic) burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción. (...)

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar". (Subrayas fuera del texto).

Como puede advertirse, la jurisprudencia ha aceptado que en casos excepcionales se pueda afectar la nómina con miras a proteger el bien jurídicamente tutelado por la Ley de Garantías Electorales".

Conforme lo anterior los nominadores de las entidades del orden territorial deben dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 996 de 2005, en el sentido de que no pueden modificar la nómina en la respectiva entidad, al declarar la insubsistencia de un nombramiento dentro de los cuatro (4) meses que preceden a las elecciones a cargos de elección popular y hasta la celebración de las elecciones presidenciales en primera o segunda vuelta, según el caso, por ser un acto de naturaleza discrecional, que estará inmerso dentro de las prohibiciones anteriormente referidas.

Todo lo anterior sin perjuicio de que, en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto como sucedería, por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley tiene como finalidad evitar o solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

De acuerdo con los fundamentos y la normatividad expuesta, no encuentra esta Dirección Jurídica méritos para que se declare insubsistente un nombramiento de funcionario de libre nombramiento y remoción en vigencia de la ley de garantías cuando se tiene indicios de que se encuentra adelantando detrimento patrimonial de la entidad pública.

Sin embargo, advierte esta Dirección Jurídica que es la entidad nominadora la facultada para determinar el mecanismo idóneo a seguir cuando se detecta un daño patrimonial, al ser quien conoce de manera cierta y directa la situación de sus empleados, colocando en conocimiento de dicha conducta a la autoridad de control fiscal competente.

Finalmente, 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 [/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: Lizeth Rumbo.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones