



Función Pública

Concepto 572761 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000572761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000572761

Fecha: 13/09/2024 02:04:46 p.m.

Bogotá D.C

Ref. TEMA EMPLEOS - Personero auxiliar. SUBTEMA. Situaciones administrativas. Rad. 20249000657212 de fecha 29 de agosto de 2024.

Inicialmente es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares. No obstante, a manera de orientación general frente a su inquietud le manifestamos lo siguiente:

En primer lugar, se considera pertinente indicar que respecto de la forma de acceder a un empleo público considerado de carrera administrativa, la Constitución Política establece lo siguiente:

«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.

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.

(...)»

(Subrayado nuestro).

De la misma manera, la Ley 909 de 2004², al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, 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.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.» (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el Decreto ley 785 de 2005³ sobre los personeros auxiliares establece:

ARTÍCULO 16. Nivel Directivo. El nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación
005	Alcalde
030	Alcalde Local
032	Consejero de Justicia
036	Auditor Fiscal de Contraloría
010	Contralor
035	Contralor Auxiliar
003	Decano de Escuela o Institución Tecnológica
007	Decano de Institución Universitaria
008	Decano de Universidad
009	Director Administrativo o Financiero o Técnico u Operativo
060	Director de Area Metropolitana
055	Director de Departamento Administrativo
028	Director de Escuela o de Instituto o de Centro de Universidad
065	Director de Hospital
016	Director Ejecutivo de Asociación de Municipios
050	Director o Gerente General de Entidad Descentralizada
080	Director Local de Salud
024	Director o Gerente Regional o Provincial
039	Gerente
085	Gerente Empresa Social del Estado
001	Gobernador
027	Jefe de Departamento de Universidad
006	Jefe de Oficina
015	Personero
017	Personero Auxiliar
040	Personero Delegado

(...)

De acuerdo con la norma en cita, el personero auxiliar es un empleo del nivel directivo de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 909 de 2004, 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 esa ley.

Así mismo, en los términos dispuestos en el inciso tercero del artículo 24 de la ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Conforme a lo expuesto, la provisión definitiva de los empleos de libre nombramiento y remoción vacantes en forma definitiva, procede mediante nombramiento ordinario, con la persona que reúna los requisitos de estudio y experiencia exigidos en el manual específico de funciones y de competencias laborales y con sujeción al procedimiento legalmente establecido; y la provisión temporal sólo procede con empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa.

Aunado a lo anterior, también es importante hacer referencia a lo que dispone el Decreto 1083 de 2015, “por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública”, sobre la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, así:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

Según la norma anteriormente citada, cuando se designa a una nueva persona para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, automáticamente se declarará insubsistente el nombramiento del empleado público que lo desempeñaba; es decir, que para caso particular planteado en su consulta, se colige que por ser el cargo de personero auxiliar, un empleo de libre nombramiento y remoción, la provisión por la vacancia temporal generada para que la personera auxiliar fuera encargada como personera municipal, debía suplirse con el encargo de un empleado de carrera administrativa o de libre nombramiento que estuviera vinculado a la entidad, esto con el fin de que la personera auxiliar conservara la titularidad del empleo al terminar el encargo.

No obstante, lo que se adelantó fue la designación de una nueva persona, implicando la insubsistencia del nombramiento del personero auxiliar, y nombrando en propiedad, al nuevo empleado público.

De acuerdo con los anteriores artículos, es viable concluir que los empleos de libre nombramiento y remoción, deben proveerse de manera definitiva con un nombramiento ordinario. No obstante, mientras se realiza el nombramiento para proveer el empleo de manera definitiva, es procedente que se a provisto a través de la figura del encargo, con empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, por lo cual no es procedente encargar a un empleado nombrado con carácter provisional.

Finalmente, con relación a su inquietud relacionada con si existe estabilidad para los empleados vinculados a través de nombramiento ordinario (Libre nombramiento y remoción) que son pre pensionados, me permito manifestarle lo siguiente:

Ley 790 de 2002⁴, dispuso:

“1. Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 han previsto la figura del «reten social», para las madres o padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad y/o prepensionados, sólo es aplicable dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional y territorial.

2. En cuanto a la aplicación del retén social a los empleados que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, se precisa que la declaratoria de insubsistencia de los mismos, 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 Administrativo³.

Por lo tanto, le corresponde a cada administración evaluar cada caso en particular, realizando un ejercicio de ponderación, a efectos de evitar vulnerar los derechos de quienes están próximos a cumplir los requisitos exigidos para adquirir el derecho a la pensión de vejez.” (Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, la figura de retén social solo es aplicable dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública tanto del orden nacional como territorial, y en aquellos casos en donde el empleado sea titular de un empleo de libre nombramiento y remoción, por la naturaleza jurídica de estos empleos, la facultad discrecional del nominador se encuentra limitada a la previa observancia y ponderación de los derechos del empleado para evitar su lesividad por la decisión de retirarlo del servicio encontrándose en alguna de las situaciones que dispone la ley para ser acreedor de este beneficio.

Sin embargo, es preciso reiterar que estos empleos cuentan con una estabilidad precaria, toda vez que por ser cargos que requieren de confianza por parte del nominador, este último podrá decidir sobre el retiro del servicio de empleados de libre nombramiento y remoción cuando esta obedece al cumplimiento de los fines del Estado, al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia⁵ se pronunció en los siguientes términos, a saber:

“6. Síntesis de la decisión

67.- 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 le 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.

68.- Adicionalmente, considera la Sala Plena que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea 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, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, es importante traer nuevamente a su conocimiento, sentencia⁶ proferida por el Consejo de Estado, sobre la protección de

estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar su estatus pensional, aplicable tanto para los empleados provisionales como a los empleados de libre nombramiento y remoción, frente a cualquier escenario que materialice una causal objetiva del retiro del servicio, que consideró:

“b. 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 es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) 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”², 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.

1. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.” (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, y para dar repuesta a su tema objeto de consulta de forma general, se tiene que la figura de “retén social” dispuesta en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, es aplicable solo dentro de los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden territorial que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, toda vez que por sus altas responsabilidades y confianza que requiere por parte del nominador, exige la discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

La Sala Plena de la Corte Constitucional entonces, concluye que en el evento que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que el empleado de libre nombramiento sea beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, puesto que en esos casos, no se encuentra sujeto el derecho a su pensión a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Así entonces, el empleado de libre nombramiento y remoción quien para la fecha de su retiro del servicio ya tenga consolidado el derecho a su pensión, no se encuentra inmerso dentro del status de “pre pensionado”, haciéndolo acreedor de otro tipo de garantía para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, consagrada en la Ley 797 de 2003, sin embargo, es importante reiterar que la figura de “reten social”, es predicable dentro del ámbito de la renovación o reestructura de la administración, cuya garantía no deviene de algún tipo de respaldo político, sino que la situación del empleado se encuentre en sujeción a lo que dispone la ley para ser acreedor de esta.

Es así que, aunque por la naturaleza jurídica de los empleos de libre nombramiento y remoción la discrecionalidad sea una facultad imperante para la estabilidad de quienes son sus titulares, la administración deberá tener en cuenta que la Constitución los exhorta a la protección especial de quienes están próximos a pensionarse, haciendo necesario que el nominador realice previo a decidir sobre el retiro del servicio de un empleado, en este caso de libre nombramiento, una ponderación entre los derechos fundamentales del empleado prepensionado, al mínimo vital, igualdad y seguridad social, frente a la satisfacción del interés general del buen servicio público; y así pueda tomar la decisión más adecuada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, sobre las decisiones discrecionales.

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

Proyecto: Luis Fernando Núñez

Revisó. Maia Borja.

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

3 Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley [909](#) de 2004.

4 "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República".

5 Corte Constitucional, Sala Plena, 08 de febrero de 2018, Sentencia SU003/18, Referencia: T- 5.712.990, Consejero Ponente: Carlos Bernal Pulido.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 29 de febrero de 2016, Radicado No. 050012333000201200285-01 (3685-2013), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Fecha y hora de creación: 2026-07-08 04:31:38