



Concepto 150071 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000150071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000150071

Fecha: 20/04/2022 12:55:07 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Declaración insubsistencia empleos de libre nombramiento y remoción vinculados al despacho de un Alcalde municipal, cuyo nombramiento fue declarado nulo. Radicado: 20229000109902 del 4 de Marzo de 2022.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual hace varias consultas relacionadas con la procedencia de declarar insubsistentes a unos funcionarios de libre nombramiento y remoción de una alcaldía y nombrar unos nuevos, luego que se declarara la nulidad electoral del Alcalde anterior.

Al respecto, me permito advertir, en primer lugar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”, 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 lo anterior, me permito dar respuesta de manera general a sus interrogantes, de la siguiente manera:

1. ¿Qué debe hacer el señor CARLOS SOCHA para posesionarse y darle cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal del Norte de Santander, confirmado y ratificado por el Consejo de Estado?

Sobre el particular, me permito indicarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, a este Departamento Administrativo no le corresponde pronunciarse sobre el acto o formalidad de posesión de los alcaldes municipales, razón por la cual, su consulta fue remitida a la Dirección de Gobierno y Gestión Territorial del Ministerio del Interior, que en virtud del artículo 18 del Decreto [2893](#) de 2011¹, es la competente para pronunciarse al respecto.

2. ¿Al constituirse una situación tan excepcional y con la claridad de que el gabinete (cargos de libre nombramiento y remoción) de la Alcaldía pertenece al manejo y confianza del alcalde saliente, puede el alcalde que entra por decisión Judicial del Consejo de Estado declarar insubsistentes y nombrar a su equipo de trabajo es decir, a sus secretarios de Despacho toda vez que no tendrá las garantías para administrar y por el contrario encontrará una férrea oposición que afectará al Municipio? Lo anterior teniendo en cuenta la CIRCULAR CONJUNTA 100-006 de 2021 sobre la aplicación de la Ley de Garantías.

Sobre el particular, es necesario indicar que, el artículo [125](#) de 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 expiden 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:

1. 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.

2. 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 5º 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.

Para estos últimos, su denominación al no contener el carácter de carrera administrativa obedece a su naturaleza, que se enmarca a los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

De manera que, aquellos empleos públicos que se proveen bajo la figura de libre nombramiento y remoción, es por contener 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.

Aclarado esto, es necesario indicar que, frente a la declaratoria de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, en la ley en comento 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 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 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 mediante acto administrativo no motivado, por la especial confianza que caracteriza el ejercicio de estos empleos.

Sumado a las consideraciones expuestas, es pertinente advertir sobre las prohibiciones consagradas en la ley 996 de 2005. Denominada ley de garantías electorales, que al respecto, dispone:

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”. (Subrayado nuestro)

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.” (Subrayado nuestro)

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 el caso que se analiza, el alcalde podría tomar posesión de su cargo durante la vigencia de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales, asunto sobre el cual se estima pertinente recordar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 2366 dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366), proferido el 20 de febrero de 2018, con ponencia del Magistrado Oscar Darío Amaya Navas, que precisó:

“Existe por tanto una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa de gobierno. De tal suerte que la no satisfacción de este da lugar a la revocatoria del mandato por parte de los ciudadanos:

De acuerdo con los artículos 1° y 2° de la ley [131](#) de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho mandato”.

Es entendible, entonces, que un alcalde al iniciar su mandato, como máxima autoridad política y administrativa del municipio, cuente con colaboradores de su entera confianza para desarrollar el programa de gobierno que presentó a la comunidad y por el que lo escogieron sus electores. De allí que dentro de su nómina existan cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales la Corte Constitucional ha señalado:

“...siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se

trata”. (Subrayas fuera del texto).

Estos nombramientos permiten conformar la autoridad política del municipio, pues con ella se van a regir los destinos de la entidad territorial. De allí que el artículo 189 de la Ley [136](#) de 1994 haya consagrado quiénes son las autoridades encargadas de ejercer en el municipio la autoridad política:

“AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política”.

Ciertamente los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, responsables políticamente y sujetos a la moción de censura, actúan mancomunadamente y en concordancia con el alcalde, para de esta forma lograr la unidad y el adecuado desarrollo de la autoridad política. Por lo tanto, es razonable que el nuevo mandatario pueda conformar su grupo de trabajo con las personas que van a liderar el programa de gobierno.

(...)

A juicio de la Sala el Alcalde de Yopal debe cumplir con lo dispuesto por la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de dicha ley, no podría, en principio, modificar la nómina de la Alcaldía.

Sin embargo, esta restricción no es absoluta. El mandatario podría excepcionalmente afectar la nómina. Las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, como lo ha señalado la jurisprudencia, no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración. Sería una contradicción que el nuevo Alcalde de Yopal tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto.

(...)

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

En este orden de ideas, es posible interpretar que dentro de las excepciones previstas por la Ley de Garantías Electorales está la situación presentada con el nuevo Alcalde de Yopal, y en este sentido, concluir que dicho mandatario local elegido y posesionado durante la vigencia de las restricciones impuestas por la referida ley, puede integrar su equipo de trabajo para conformar la autoridad política del municipio. De esta manera se le da un mayor alcance al principio de la democracia local, en el sentido de que la voluntad ciudadana se ve mejor representada si el Alcalde, para desarrollar el programa por el que lo eligieron para satisfacer las necesidades de la población, puede escoger sin obstáculos su equipo de trabajo. Situación por demás razonable cuando un mandatario inicia su periodo." (Destacado nuestro)

Con base en lo determinado por el Consejo de Estado en el concepto transcrito, es razonable que un mandatario que inicia su período durante la vigencia de las restricciones de la ley de garantías electorales, conforme su equipo de trabajo a efectos de desarrollar el programa por el cual fue elegido, para satisfacer las necesidades de la población. En todo caso, señala esa Corporación, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

Por consiguiente, en el caso planteado, se observa que por tratarse de una situación excepcional, el alcalde que se posesiona durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales podrá remover a los servidores que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo, en los términos fijados en el artículo 189 de la ley 136 de 1994, en virtud del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, donde media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: María Camila Bonilla.

Revisó: Harold I Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

¹ "Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior."

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:24:33