



Concepto 209031 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000209031

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000209031

Fecha: 30/05/2023 12:24:05 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Naturaleza del Empleo. Secretario de Despacho. RAD. 20239000303562 del 25 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con la posibilidad que secretario de despacho de la administración actual pueda seguir vinculado a la alcaldía cuando se posesione la nueva administración municipal, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

"1. Actualmente soy secretario de hacienda desde el año 2020 de un municipio de sexta categoría, donde el secretario es también tesorero. ¿Puede repetir este cargo en el periodo siguiente de una nueva de administración en 2024?"

La Constitución Política, establece en su artículo [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 trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

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 y negrilla nuestro)

En armonía con la disposición constitucional, la Ley [909](#) de 2004¹ dispone que por regla general los empleos de los organismos y entidades del Estado regulados por dicha Ley, se clasifican en empleos de carrera, con excepción de los de elección popular, los de periodo fijo, los trabajadores oficiales, y los de libre nombramiento y remoción.

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.¹

Armonizando con la disposición Constitucional, la Ley 909 de 2004 en su artículo [5](#) numeral 1 define que los empleos se clasifican en: carrera

administrativa por regla, y excepcionalmente en cargos de elección popular, periodo fijo, y de libre nombramiento y remoción.

Frente a la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 dispone:

“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:

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

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). < Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) < *Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. 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". (Subrayado fuera de texto)*

De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, son de libre nombramiento y remoción en el nivel territorial los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

- En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial: Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local;

- En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: Presidente, Director o Gerente;

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

Ahora bien, para determinar si un cargo está clasificado como de libre nombramiento y remoción, debe verificarse, en primer lugar, si cumple con los requisitos establecidos por el legislador para ser considerado como tal, esto es, que su ejercicio implique especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a los despachos del Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local en la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial; Presidente, Director o Gerente en la Administración Descentralizada del Nivel Territorial; los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; o 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.

Por lo tanto, sólo la ley puede determinar cuándo un empleo es de libre nombramiento y remoción, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 5 de la ley 909 de 2004.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a los hechos narrados en su consulta, es viable afirmar que el empleo de Secretario de Hacienda y de Tesorero corresponde a un empleo de libre nombramiento y remoción.

En relación con el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción podemos traer de presente las causales de retiro consagradas en la Ley 909 de 2004;

"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;*

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(...)

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.” (Negritas fuera del texto)

Por su parte el Decreto [1083](#) de 2015², estableció:

“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.”

Atendidas las normas trascritas, cobra importancia el concepto de facultad discrecional que tienen las autoridades administrativas para remover

libremente a estos funcionarios; sobre el particular la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-031 de 1995 - 2, manifestó;

“Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.”

Así mismo la Ley 1437 de 2011³, preceptuó en su artículo 44;

“ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

Se colige entonces, de los apartes normativos y jurisprudenciales que la facultad discrecional es la habilitación que hace la Ley a la administración para adoptar decisiones libres, atendiendo la prevalencia del interés general, sin desconocer los principios de proporcionalidad y finalidad de la Ley.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su primer interrogante esta Dirección Jurídica considera que, teniendo en cuenta que la naturaleza del empleo de Secretario de Hacienda y Tesorero en el nivel territorial, corresponde a empleos de libre nombramiento y remoción, será discrecional del nuevo alcalde, que la persona que viene ejerciendo tal empleo permanezca o sea retirada del servicio, toda vez que el nuevo alcalde tiene la facultad discrecional de tomar este tipo de decisión.^{2 3}

Por lo tanto, no existe ninguna inhabilidad o incompatibilidad que no permita a la persona seguir ejerciendo tal cargo. Sin embargo, corresponderá a una decisión del nuevo alcalde si mantiene el nombramiento de dicha persona en el empleo.

“2. ¿Puedo como secretario de hacienda que se encuentra actualmente en este cargo puedo ser nombrado en provisionalidad antes de finalizar el año 2023 ,en un cargo nuevo que se piensa crear como profesional de impuestos en esta misma secretaria de hacienda?”

Al respecto, es necesario indicarle primero que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016⁴, 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 modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo lo siguiente:

Sea lo primero señalar, el artículo 27 del Decreto Ley 2400 de 1968⁵ respecto de la renuncia, dispone:

“ARTÍCULO 27. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

(...)

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán de valor las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado". (Negrita y subrayado fuera de texto).^{4 5}

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁶, señala:

voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla.

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito, y en el acto administrativo correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el servidor dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

La competencia para aceptar renunciaciones corresponde al jefe del organismo o al empleado en quien éste haya delegado la función nominadora.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado.

La presentación o la aceptación de una renuncia no constituyen obstáculo para ejercer la acción disciplinaria en razón de hechos que no hubieren sido revelados a la administración, sino con posterioridad a tales circunstancias.

Tampoco interrumpen la acción disciplinaria ni la fijación de la sanción."

Teniendo en cuenta lo anterior, puede inferirse que la renuncia es un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa. Por lo tanto, se considera que el servidor público que renuncia al cargo de que es titular y es nombrado y toma posesión en un nuevo cargo, está declinando todos sus derechos sobre el cargo que ostentaba y asume una nueva relación laboral.

Como quiera que la renuncia regularmente aceptada es una de las causales legales de retiro de servicio establecidas en el Decreto Ley [2400](#) de 1968 y el Decreto [1083](#) de 2015 y como en el caso planteado la intención del servidor público no es desvincularse del servicio sino del cargo en el cual está nombrado para acceder a otro, esta Dirección considera que no existe impedimento para que la entidad lo nombre posteriormente en otro empleo, en el que cumpla requisitos, ya sea de mayor o menor jerarquía.⁶

La situación planteada no configura ninguna desmejora si se produce como efecto de la renuncia regularmente aceptada del servidor que pretende cambiar de empleo, toda vez que se justifica en el acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa para vincularse a otro de diferente nivel.

De acuerdo al supuesto fáctico de su consulta y para dar respuesta a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que el servidor público deberá renunciar al empleo del nivel directivo como un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa. Posteriormente esta renuncia debe ser aceptada por la entidad conforme a la normativa vigente.

Una vez la renuncia se encuentra regularmente aceptada, la entidad podrá realizar todo el proceso de nombramiento y posesión en el nuevo empleo del nivel profesional, siempre y cuando la persona cumpla con las condiciones y requisitos para el desempeño del empleo.

“3. ¿El proceso de crear y nombrar provisionalidad de varios cargos en este último año de administración 2023, se puede hacer en cualquier momento del año teniendo cuenta la ley de garantías?”

La Ley [996](#) de 2005⁷, en relaciones con las prohibiciones a los servidores públicos dispone:

“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.” (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con la disposición transcrita, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones no se puede:

Modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renuncias, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal⁷ 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, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

Celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos, pudiendo realizar cualquier otro proceso de contratación, incluyendo la contratación directa.

Conforme a lo anterior las restricciones en la nómina para las entidades del orden territorial iniciaran desde el 29 de junio de 2023, lo que incluye la vinculación de personal derivada de una reestructuración de la planta de personal.

Es decir, en criterio de esta Dirección Jurídica, posterior a tal fecha no es viable, ni crear, ni suprimir empleos, toda vez 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 su

provisión, así como a la incorporación y desvinculación de persona alguna de la planta de la respectiva entidad, hasta tanto se supere el tiempo de las restricciones.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

²Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

³Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁵Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

⁶Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

⁷por 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

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:57:50