



Departamento Administrativo de la Función Pública
Concepto 028691
Fecha: 18/01/2024

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Estímulos para educación. **Radicado No.:** 20239001070732 **Fecha:** 2023-12-01

Se plantean las siguientes consultas:

- 1- *¿Cuánto tiempo debe de permanecer los **empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera** dentro de la entidad al terminar sus estudios?*
- 2- *¿Un Alcalde (empleador) puede Retira los **empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera por cambio de administración?***
- 3- *¿El Alcalde (empleador) entrante puede Retira los **empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera por cambio de administración?***
- 4- *¿Qué sucede si el Alcalde (empleador) Retira los **empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera** en medio de la realización de sus estudios cuando ya recibió el subsidio?* 5- *¿Qué sucede si los **empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera** solicitan el retiro o renuncia a la entidad y ya recibió el subsidio por parte de la entidad?*
- 6- *¿Qué sanciones puede tener el Alcalde (empleador) que retire o se retire dentro de las condiciones previstas por recibir estímulos educativos.?*

7- ¿Qué sanciones puede tener el **empleado de libre nombramiento y remoción y de carrera** que se retire dentro de las condiciones previstas por recibir estímulos educativos.?

Antes de dar respuesta a su consulta, es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública 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, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en 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 desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

En primer lugar, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000- 2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

“las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.”

(...) “estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que

deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido.

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.”

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado³ en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

La normatividad y jurisprudencia citada nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Sobre las inquietudes expuestas, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

El Decreto 1083 de 2015⁴, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala:

“ARTÍCULO 2.2.10.1 *Programas de estímulos. Las entidades deberán organizar programas de estímulos con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados. Los estímulos se implementarán a través de programas de bienestar social.*

ARTÍCULO 2.2.10.2 *Beneficiarios. Las entidades públicas, en coordinación con los organismos de seguridad y previsión social, podrán ofrecer a todos los empleados y sus familias los programas de protección y servicios sociales que se relacionan a continuación:*

Deportivos, recreativos y vacacionales.

Artísticos y culturales.

Promoción y prevención de la salud.

Capacitación informal en artes y artesanías u otras modalidades que conlleven la recreación y el bienestar del empleado y que puedan ser gestionadas en convenio con Cajas de Compensación u otros organismos que faciliten subsidios o ayudas económicas.

Promoción de programas de vivienda ofrecidos por el Fondo Nacional del Ahorro, los Fondos de Cesantías, las Cajas de Compensación Familiar u otras entidades que hagan sus veces, facilitando los trámites, la información pertinente y presentando ante dichos organismos las necesidades de vivienda de los empleados.

PARÁGRAFO 1. *Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos. También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto.*

PARÁGRAFO 2. *Para los efectos de este Artículo se entenderá por familia el cónyuge o compañero(a) permanente, los padres del empleado y los hijos hasta los 25 años o discapacitados mayores, que dependan económicamente del servidor.*

ARTÍCULO 2.2.10.5 *Financiación de la educación formal. La financiación de la educación formal hará parte de los programas de bienestar social dirigidos a los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera. Para su otorgamiento, el empleado deberá cumplir las siguientes condiciones: Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad.*

Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio. (...). (Subrayado fuera de texto).

Conforme la norma enunciada, la financiación de la educación formal hace parte de los programas de bienestar social y estaba dirigido a los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera. Para su otorgamiento, el empleado deberá cumplir las siguientes condiciones: 1. Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad y 2. Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

No obstante, mediante la expedición de la Ley 1960 de 2019⁵ se modificó lo previsto, entre otros, en el Decreto Ley 1567 de 1998⁶, en el que se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado, en los siguientes términos:

*“**ARTÍCULO 3.** El literal g) del artículo 6 del Decreto-Ley 1567 de 1998 quedará así:*

***g) Profesionalización del servicio Público.** Los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa.”*

De acuerdo con la normativa, los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Germán Alberto Bula Escobar, mediante concepto de radicado número único: 11001-03-06-000- 2020-00205-00 (2455) el 18 de diciembre de 2020, indicó que los provisionales y sus familias deben ser incluidos como beneficiarios de los auxilios para educación formal.

Ahora bien, es importante señalar que la Ley 115 de 1994, establece que se entiende por educación formal aquella que se imparte en establecimientos educativos aprobados, en una secuencia regular de ciclos lectivos, con sujeción a pautas curriculares progresivas, y conducente a grados y títulos.

Por su parte, la Circular Externa número 100-010 del 21 de noviembre de 2014 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la cual se imparten orientaciones en materia de capacitación y formación de los empleados públicos, señala:

*“(…) la **educación formal**, entendida como aquella que se imparte en establecimientos educativos aprobados, en una secuencia regular de ciclos lectivos con sujeción a pautas curriculares progresivas y conduce a grados y títulos, hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se rigen por las normas que regulan el sistema de estímulos. Tienen derecho a acceder a los programas de educación formal los empleados con derechos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando cumplan los requisitos señalados en la normativa vigente.*

(…)”

Los estudios de pregrado, especialización, posgrado, diplomados y demás estudios de educación superior se consideran como de educación formal, por consiguiente, la financiación de los mismos, forma parte de los programas de bienestar social y deben regirse por las normas propias del sistema de estímulos contenidas en el Decreto Ley 1083 de 2015.

En este orden de ideas, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, se entiende por educación formal la que comprende: (a) los niveles señalados en el Artículo 11 de la Ley 115 de 1994 y (b) la educación superior, reglamentada específicamente por la Ley 30 de 1992, la Ley 749 de 2002, la Ley 1188 de 2008 y diversos decretos reglamentarios, en la que se encuentran los programas de pregrado y de postgrado.

De conformidad con lo anterior, los empleados con derechos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción y en concepto del Consejo de Estado los empleados nombrados en provisionalidad y sus familias, es decir, el cónyuge o compañero(a) permanente, los padres del empleado y los hijos hasta los 25 años o discapacitados mayores, que dependan económicamente del servidor, tienen derecho a la financiación de la educación formal, que hace parte de los programas de bienestar social.

En aras de brindar respuesta a su primer consulta, debemos señalar que no hay norma que consagre la obligación de permanecer en la entidad al terminar sus estudios, en todo caso, las condiciones en las que se otorgará esa financiación serán determinadas por cada entidad pública dentro de los programas de estímulos que haya creado en cumplimiento con el Decreto 1083 de 2015 y para su otorgamiento, el empleado deberá cumplir las siguientes condiciones: 1. Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad y 2. Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

Por otra parte, 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.*

(...)” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, 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.

Ahora bien, 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:

(...)” (Destacado nuestro)

“**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.

(...)”. (Subrayado nuestro)

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; b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

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”.

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 2004⁷. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Ahora bien, 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, mediante acto administrativo no motivado de declaratoria de insubsistencia., mientras que el retiro de los empleados de carrera administrativa deberá efectuarse mediante acto administrativo, en otras palabras, debe existir una justa causa comprobada para su despido, respetando el principio del debido proceso.

Dando respuesta a las consultas segunda y tercera, es menester resaltar que 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 tanto pueden ser nombrados libremente siempre y cuando cumplan con los requisitos del cargo e igualmente pueden ser removidos libremente, mediante acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, que no requiere de motivación; contrario a ello, los empleados de carrera no pueden ser removidos libremente, pues su despido debe llevarse a cabo mediante acto administrativo motivado, demostrando la existencia de causas legales para removerle del cargo, respetando siempre el principio del debido proceso, motivos por los cuales podemos concluir que si la desvinculación de los cargos, bien sean de libre nombramiento y remoción o de carrera, el nominador no incurrirá en sanción alguna, con lo cual damos respuesta a la cuarta interrogante elevada.

Por último, en aras de dar respuesta a las demás consultas, le manifestamos que, en concepto de esta Dirección Jurídica no se observa la existencia de régimen legal que determine posibles sanciones para los funcionarios beneficiados de los estímulos para estudio que lleguen a renunciar una vez se les otorgue dicho estímulo, motivo por el cual es necesario remitirse al acto administrativo por medio del cual se crea el programa de estímulos de la entidad en específico que, sin duda alguna es el instrumento que consagra los parámetros y por menores de las situaciones que se presenten en el marco de la asignación de estímulos a los funcionarios públicos de la entidad en particular.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web **Gestor Normativo** puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Paula Alejandra Quitián.

Revisó y Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

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

5 Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

6 Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado.

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

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.