



Concepto 341381 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000341381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000341381

Fecha: 23/09/2021 04:27:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ENTIDADES TERRITORIALES. Competencia. Secretario de Concejo Municipal es regulado por la Constitución y la Ley. RAD. 20212060582282 del 17 de agosto de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que el pasado 24 de noviembre de 2020 se abrió convocatoria para el cargo de Secretario del Concejo Municipal de Chiscas, por período de un año. La Secretaria, en vigencia 2020 estaba devengando \$1.287.100. El 27 de noviembre de 2020 se aprobó el Acuerdo No. CMCH-031, por medio del cual se ajusta la nomenclatura, actualiza código y grado y se determina la escala de remuneración para la planta de personal del concejo municipal, fijando como sueldo al Secretario un mínimo legal vigente. Con base en la información precedente, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. Teniendo en cuenta que la convocatoria se abrió antes de la aprobación del Acuerdo CMCH-031 del 2020, solicita se le informe si éste entra en vigor para 2021 o para 2022.
2. En caso que el Acuerdo empiece a regir para el año 2022, qué argumento expondría para solicitar el ajuste salarial y el reembolso de los recursos a los cuales no ha tenido derecho.
3. Si es procedente que la Corporación desmejore el salario del Secretario del Concejo Municipal.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Sobre los cargos en las entidades del Estado, la Constitución Pública señala lo siguiente:

“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 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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley (...). (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 136 de 1994, “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 35.- *Elección de funcionarios.* Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del

mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.”

“ARTÍCULO 37.- Secretario. El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo (...)”.

Acerca de la clasificación de los empleos, la Ley 909 de 2004 en sus Artículos 1º y 5º contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. OBJETO DE LA LEY.

(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.” (Se subraya).

“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:

(...)” (Se subraya).

Conforme a lo regulado, la regla general es que los empleos creados dentro de la administración pública son de carrera administrativa, con excepción de los empleos de libre nombramiento y remoción; los empleos de período fijo, los empleos temporales, los de elección popular y los trabajadores oficiales.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37 de la Ley 136 de 1994, el Secretario del Concejo Municipal corresponde a un empleo de período fijo y, en tal sentido, ostenta la calidad de empleado público de período fijo dentro la respectiva Corporación Municipal.

Ahora bien, frente al vencimiento de los empleos de período, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación 1743 de 2006, indicó lo siguiente:

“En síntesis, respecto de los funcionarios de periodo institucional, no opera la regla de continuidad sino de desinversión automática, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su periodo, (...)” (Subrayado fuera de texto)

La misma Corporación, en el concepto proferido No. 2032 del 29 de octubre de 2010, Consejero ponente: William Zambrano Cetina, manifestó lo siguiente:

“En Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007¹, esta Sala señaló que la regla de continuidad establecida desde la Ley 4 de 1913 debe entenderse derogada respecto de los funcionarios de periodo institucional (cargos de elección con periodo constitucional o legal -art.125 C.P.-), dado que su mandato es improrrogable y conlleva el retiro automático del cargo una vez cumplido el respectivo periodo. Al respecto se indicó:

“El vencimiento de un período institucional por tratarse de un cargo de elección, ya sea por mandato constitucional o legal, de un servidor público, produce su separación automática del cargo y en tal virtud, debe dejar válidamente de desempeñar las funciones del mismo, (...)” (Se subraya).

De acuerdo con la legislación y los pronunciamientos expuestos, el Secretario de Concejo Municipal es un cargo de período y al terminar este, se produce la separación automática del servidor que lo ejerce.

Ahora bien, para realizar el análisis de la situación expuesta en la consulta, es importante diferenciar tres momentos específicos sobre la elección de los secretarios de los concejos: i) bajo los parámetros establecidos en la Ley 1904 de 2018; ii) bajo la derogatoria efectuada por la Ley 1955 de 2019 y; iii) bajo la declaratoria de inexequibilidad de la derogatoria contenida en la Ley 1955 de 2019.

i) El 27 de junio de 2018, se expidió la Ley 1904 de 2018, que en el párrafo del Artículo indicó que mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del Artículo 126 de la Constitución Política, se aplicaría la misma por analogía. En tal virtud, el empleo de Secretario del Concejo municipal se realizaba a través de proceso contenido en ella, que debía ser atendido y desarrollado por la respectiva corporación.

ii) La aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 para la elección de los secretarios de los concejos municipales, fue derogada de manera explícita por la Ley 1955 de 2019 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad” y, por tanto, la elección de los secretarios de los concejos municipales se efectuó teniendo en cuenta el reglamento interno de los concejos municipales.

iii) La derogatoria del párrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 ordenada por el Artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante su Sentencia C-133-21 de 13 de mayo de 2021, con ponencia de la Magistrada Diana Fajardo Rivera y, como consecuencia de ello indicó el fallo que opera la reviviscencia o reincorporación al ordenamiento jurídico del párrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018.

Esta aclaración es importante pues de acuerdo con la información suministrada en su consulta, el proceso de elección del Secretario inició el 24 de noviembre de 2020, vale decir, bajo la vigencia de la Ley 1904 de 2018 que derogó la aplicación analógica del procedimiento contenido en la Ley 1904. Así las cosas, el proceso de selección se inició con base en la reglamentación interna del concejo municipal. Debe analizarse ahora si el procedimiento para continuar con el concurso para proveer el cargo de Secretario de Concejo, es el señalado en el reglamento interno de la corporación o, debido a la declaratoria de inexecutable de la derogatoria contenida en la Ley 1955, debe regirse por el procedimiento contemplado en la Ley 1904.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su Sentencia SU037 del 31 de enero de 2019, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, indicó lo siguiente:

“5.5. Así las cosas, en la actualidad, por regla general y salvo que se indique expresamente algo diferente en el fallo, la declaratoria de inexecutable de una disposición tiene efectos hacia futuro (ex nunc) y esto, según lo ha explicado esta Corte, encuentra sustento en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican “la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico” mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal en una providencia con fuerza erga omnes, luego de surtirse un proceso de constitucionalidad abstracta^[76].

5.6. En este orden de ideas, cuando esta Corporación declara la inconstitucionalidad de una norma sin retrotraer los efectos de su determinación, convalida de contera las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo entre el instante en el que entró en vigencia y la fecha de la sentencia, pues las actuaciones adelantadas en ese lapso, en principio, se reputan como legítimas por haber sido ejecutadas en consonancia con el derecho positivo vigente^[77].” (Se subraya).

Según el pronunciamiento de la Corte, los fallos de inexecutable, por regla general, rigen hacia futuro, salvo que el fallo mismo indique otra cosa. Para el caso objeto de estudio, la declaratoria de inexecutable de la derogatoria de la aplicación por analogía contenida en la Ley 1955, rige hacia futuro por cuanto el fallo no indicó otra cosa. Por lo tanto, en criterio de esta Dirección, el concurso adelantado para proveer el cargo de Secretario del Concejo debe seguir su curso según lo indicado en la reglamentación interna de la Corporación.

Sobre la modificación de la planta de personal, debe señalarse que el Artículo 313 de la Constitución, indica que corresponde a los concejos municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Por lo tanto, los concejos municipales tienen la facultad supralegal de determinar la estructura de la misma corporación y las escalas de remuneración, como lo hizo al establecer en su planta de personal el cargo de Secretario de Concejo, en el Nivel Asistencial, código 440, grado 01, y su asignación salarial debe atender lo señalado en los Decretos Salariales expedidos por el Gobierno Nacional.

Cabe agregar que el Acuerdo No. CMCH-031 de 2020, indica que rige a partir de la fecha de su sanción y publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2021.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La convocatoria adelantada para proveer el cargo de Secretario de Concejo Municipal, al emitirse antes de la declaratoria de inexecutable de la derogatoria efectuada por la Ley 1955 de 2019, se rige por el reglamento interno de la corporación.
2. Los efectos fiscales del Acuerdo CMCH-031 del 2020, rigen a partir del 1° de enero de 2021.
3. El cargo de Secretario de Concejo Municipal es de período fijo y, en tal virtud, como se indicó en el cuerpo del concepto, la vinculación de empleado que lo desempeña se entiende terminada de manera inmediata al vencimiento de su período. Por lo tanto, el salario que le corresponde será el establecido por la corporación de acuerdo con los

incrementos salariales determinados por el Gobierno Nacional, que serán retroactivos, vale decir, rigen a partir del 1° de enero del año fiscal.

4. La vinculación del Secretario de Concejo Municipal, al ser de período, tiene asignado un salario para el año fiscal respectivo. Al término del período, opera también su desvinculación. Si la persona es vinculada nuevamente como Secretaria de Concejo Municipal, el salario corresponderá al Nivel y al Grado determinado en la planta de personal que, para el caso consultado es el de Asistencial 440 grado 01. En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:06:38