



Concepto 449191 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000449191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000449191

Fecha: 16/12/2021 07:22:08 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEO. Provisión. ¿Cuál es el procedimiento que debe adelantarse cuando ninguna Universidad asiste a la convocatoria para adelantar el proceso de elección de secretario de un concejo municipal? RAD.: 20212060700622 del 11 de noviembre de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, por medio de la cual consulta qué procedimiento debe adelantarse cuando ninguna Universidad asiste a la convocatoria para adelantar el proceso de elección de secretario de un concejo municipal y si ese empleo puede proveerse temporalmente a través del encargo; al respecto, me permito indicarle lo siguiente:

La Ley 136 de 1994, "*por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento del municipio*", contempla sobre la provisión del empleo de secretario del Concejo Municipal lo siguiente:

"ARTÍCULO 31º.- Reglamento. Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones."

"ARTÍCULO 35º.- 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.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo." (Subrayado nuestro)

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, el cual será elegido para un período de un año, reelegible a criterio de la Corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo, y en caso de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período.

Como puede evidenciarse, la norma no hace referencia al procedimiento para realizar dicha elección, pero de acuerdo con lo indicado en el Artículo 37 de la Ley 136 de 1994, debería efectuarse dentro de los diez primeros días del mes de enero del período constitucional, por el término de un año calendario, que culmina el 31 de diciembre del respectivo año, así como, el cumplimiento de los requisitos mínimos señalados en el mismo Artículo.

No obstante lo antes señalado, con posterioridad a la Ley 136 de 1994, entró en vigencia el Acto Legislativo 02 de 2015¹, que modificó el Artículo 126 de la Constitución Política, el cual quedó de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2º. El Artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

(...)

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

En los términos del Artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Como puede observarse, el Acto Legislativo 02 de 2015, atribuyó al Legislador la competencia para reglar las convocatorias públicas que precederán la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas y determinar el procedimiento correspondiente.

En concordancia con este precepto constitucional, y al revisar las normas expedidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015, no hay una que regule o establezca el procedimiento para la elección de los secretarios generales de los Concejos municipales, salvo lo establecido en la Ley 136 de 1994 antes citada.

Sin embargo, la Ley 1904 de 2018 “Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de contralor general de la república por el congreso de la república”, estableció en su Artículo 12, lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. Vigencia y derogaciones. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas disposiciones que le sean contrarias, en especial el Artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. 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, la presente Ley se aplicará por analogía”.

Ahora bien, sobre la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 para la elección de los secretarios de los concejos municipales, resulta del caso indicar que la Ley 1955 de 2019 “por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”, dispuso lo siguiente en cuanto a vigencias y derogatorias:

“ARTÍCULO 336. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Los Artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007, 1450 de 2011, y 1753 de 2015 no derogados expresamente en el siguiente inciso o por otras leyes continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior.

Se derogan expresamente el Artículo 4 de la Ley 14 de 1983; el Artículo 84 de la Ley 100 de 1993; el Artículo 174 del Decreto Ley 1333 de 1986; el Artículo 92 de la Ley 617 de 2000; el Artículo 167 de la Ley 769 de 2002, el Artículo 56 y 68 de la Ley 962 de 2005; el parágrafo 1 del Artículo 4 de la Ley 1393 de 2010; los Artículos 51 a 59 de la Ley 1429 de 2010; el Artículo 81 de la Ley 1438 de 2011; los Artículos 69, 90, 91, 131, 132, 133, 134, 138, 141, 149, 152 a 155, 159, 161, 171, 194, 196, 212, 223, 224, 272 de la Ley 1450 de 2011; los Artículos 7, 32, 34, 47, 58, 60, 90, 95, 98, 106, 135, 136, 186, 219, 222, 259, 261, 264 y los parágrafos de los Artículos 55 y 57 de la Ley 1753 de 2015; el Artículo 7 de la Ley 1797 de 2016; el parágrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018; el Artículo 110 de la Ley 1943 de 2018; y el Artículo 4 de la Ley 1951 de 2019. (Resaltado nuestro)

Por tal motivo, la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 para la elección de los secretarios de los concejos municipales fue objeto de derogatoria y por lo tanto, esta Dirección Jurídica había sido consistente en manifestar que la elección de los secretarios de los concejos municipales se efectuaría teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 136 de 1994.

Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-133 del 13 de mayo de 2021² analizó la constitucionalidad de la expresión “el parágrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018” contenida en el inciso segundo del Artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, extrayéndose de dicho pronunciamiento lo siguiente:

“Síntesis de la decisión

108. El demandante propuso la inconstitucionalidad de la expresión “el parágrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018” contenida en el inciso segundo del Artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad, por vulnerar los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia (Artículos 157.2, 158 y 160 de la Constitución Política).

109. La Sala concluyó que el aparte censurado del Artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 desconoce los principios constitucionales de consecutividad e identidad flexible previstos en los Artículos 157.2 y 160 de la Constitución, toda vez que si bien es posible que las plenarias introduzcan contenidos normativos novedosos durante el trámite de la Ley del plan nacional de desarrollo, deben tener relación con las temáticas y materias aprobadas y discutidas en primer debate conjunto de las comisiones Tercera y Cuarta de ambas cámaras. En el texto examinado se constató que los congresistas no debatieron durante el trámite legislativo de la Ley 1955 de 2019, temáticas relacionadas con el Artículo 126 de la Constitución Política, y específicamente, con la aplicación de la Ley 1904 de 2018, de forma análoga, a la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas. En consecuencia, se evidenció la inconstitucionalidad del aparte demandado.

110. Adicionalmente, la Sala Plena señaló que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la expresión demandada, ha operado la reviviscencia o reincorporación al ordenamiento jurídico del parágrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018.

111. Respecto a la violación del principio de unidad de materia, la Sala no abordó el análisis del cargo propuesto porque el apartado demandado ya había quedado por fuera del ordenamiento jurídico una vez se encontró que vulneraba los principios de consecutividad e identidad flexible".
(Subrayado y negrilla nuestros)

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "el parágrafo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018" contenida en el inciso segundo del Artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad" y como consecuencia se entiende que dicho parágrafo transitorio se reincorporó al ordenamiento jurídico y se encuentra actualmente vigente, lo que significa que, hasta que el Congreso de la República establezca las reglas para las demás elecciones de servidores públicos a cargo de las Corporaciones públicas según lo establece el Artículo 126 de la Constitución Política, deberá aplicarse por analogía a las reglas que señalan la ley 1904 de 2018.

Sobre el particular, es necesario reiterar que como se señaló al inicio de este concepto, la Ley 136 de 1994, no hace mención al procedimiento que debe seguir el Concejo Municipal para la elección de sus secretarios, razón por la cual resulta procedente para la provisión de los empleos de Secretario del Concejo Municipal la aplicación analógica que prevé el Artículo transitorio del Artículo 12 de la Ley 1904 de 2018.

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³, se pronunció en su momento en relación con el tema, en respuesta a una consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, señalando lo siguiente:

"Así las cosas, ante la pregunta de la consulta, la Sala encuentra que en el caso específico de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales por parte de estos, se deben aplicar por analogía, las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, conforme a lo establecido por el parágrafo transitorio del Artículo 12 de esta, por cuanto dichos Secretarios son servidores públicos y los Concejos Municipales constituyen corporaciones públicas, lo cual significa que se dan los supuestos de la norma contenida en el inciso cuarto del Artículo 126 de la Constitución, al cual remite el citado parágrafo transitorio.

Resulta pertinente mencionar que el Artículo 6° de la Ley 1904 de 2018 establece las etapas del proceso de selección, así:

"ARTÍCULO 6°. Etapas del Proceso de Selección:

El proceso para elección del Contralor General de la República tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:

1. La convocatoria.
2. La inscripción.
3. Lista de elegidos (sic, en el numeral 3 de la norma se habla de "aspirantes admitidos a la convocatoria pública).
4. Pruebas.
5. Criterios de selección.
6. Entrevista.
7. La conformación de la lista de seleccionados, y
8. Elección.

El mismo Artículo 6° detalla las seis primeras etapas y los Artículos 7° a 10 de la citada ley establecen la conformación y funciones de una Comisión Accidental de la corporación para definir la lista de elegibles, y la fijación por parte de la Mesa Directiva, de la fecha y hora de la elección.

Ahora bien, en la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se debe aplicar, de manera analógica, la Ley 1904 de 2018, de modo que en las disposiciones referentes al procedimiento de selección en las cuales se menciona al Congreso de la República, se debe entender que se alude al Concejo Municipal, y en donde se habla de la Mesa Directiva del Congreso se debe hacer la equivalencia con la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

En otras palabras, en la aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, en el caso analizado, se deben aplicar las disposiciones de dicha ley que resultan pertinentes a la elección del Secretario del Concejo Municipal.

En este orden de ideas, la Sala considera necesario anotar que en la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018, los Concejos Municipales deben tener en cuenta la categoría y la complejidad de los municipios, para efectuar la elección del Secretario de la corporación, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, adapten el procedimiento establecido en la misma, a las condiciones sociales y económicas del municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna". (Subrayado y negrilla nuestras).

Así, se colige que el marco normativo aplicable a la elección y provisión del empleo de secretario del Concejo Municipal, es el consagrado en la Ley 136 de 1994 y por aplicación analógica, la Ley 1904 de 2018, actualmente vigente de acuerdo con el fallo constitucional de la Sentencia C-133 de 2021, que dispone que para la elección de los secretarios de los concejos municipales, serán dichas corporaciones quienes deberán tener en cuenta su categoría y complejidad, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, y lo establecido por el Consejo de Estado, adapten el procedimiento establecido por la misma, a las condiciones sociales y económicas de cada municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna.

En consecuencia de lo anterior, la provisión del empleo de secretario de concejo municipal si se adelantará a través de convocatoria, por cuanto es el mecanismo que dispuso la Ley 1904 de 2018, para la elección del Contralor General de la Republica; en ese sentido esta Dirección Jurídica considera que los concejos municipales deberán dar cumplimiento a la Ley buscando las alternativas necesarias de acuerdo a las circunstancias que se presenten en cada caso particular.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Ley no contempló la forma de proceder cuando no existieran instituciones de educación superior dispuestas a adelantar las convocatorias; y este Departamento Administrativo de acuerdo con las facultades y competencias atribuidas en el Decreto 430 de 2016, no tiene competencia para dirimir o pronunciarse respecto a las situaciones particulares que se presenten al interior de las entidades.

Ahora bien, en lo que respecta a su segundo interrogante, sea lo primero reiterar, que el concejo municipal tiene el deber de adaptar el procedimiento establecido para la elección del secretario, a las condiciones sociales y económicas de cada municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna.

Frente al particular, se considera pertinente traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, mediante el cual estudió la posibilidad de efectuar un encargo en un empleo de período como es el caso del personero municipal.

En cuanto a la provisión provisional del cargo de Personero, siendo un empleo de período al igual que el del Secretario del Concejo Municipal, en concepto de No. 2283 del 22 de febrero de 2016 rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se dice:

"La Sala debe reiterar en primer lugar tres consideraciones hechas expresamente en el Concepto 2246 de 2015 cuando respondió afirmativamente a la posibilidad de que los concejos municipales salientes iniciaran con suficiente antelación el concurso público de méritos para la elección de personeros, de modo que este procedimiento fuera finalizado oportunamente por los concejos municipales entrantes (entrevistas, calificación y elección) y se evitara vacíos en el ejercicio de la función pública de control que le corresponde cumplir a dichos funcionarios. Esas consideraciones fueron las siguientes: (i) Los términos, plazos y fechas establecidos en la ley para la elección de personeros tiene carácter reglado y no discrecional; por tanto deben ser observados estrictamente por los concejos municipales so pena de responsabilidad disciplinaria de sus miembros. (ii) Comoquiera que la función de las personerías tiene relación directa con los principios constitucionales de publicidad, transparencia, control ciudadano, defensa de los derechos y representación de la sociedad¹³, las normas sobre vacancias y remplazos deben ser interpretadas de manera tal que no generen discontinuidad, interrupción o retrasos en el ejercicio de dicha función pública. (iii) El uso de la provisionalidad, encargo u otras figuras similares para proveer transitoriamente el cargo de personero debe ser solamente por el plazo estrictamente necesario para adelantar los procedimientos de selección establecidos en la ley. En consecuencia, el aplazamiento indefinido e injustificado de las fechas de selección, elección y posesión de los personeros es contrario a la Constitución y la ley y puede generar responsabilidad disciplinaria de los concejales. De acuerdo con lo anterior, las soluciones que se den al asunto consultado en relación con la forma de proveer la vacante del cargo de personero cuando el respectivo concurso público de méritos no ha finalizado en la fecha en que debería hacerse la elección, deben interpretarse sobre la base de que dicha provisión (i) es eminentemente transitoria, (ii) no releva a los concejos municipales del deber de realizar el concurso público de méritos previsto en la ley en el menor tiempo posible y (iii) no exime de las responsabilidades disciplinarias que puedan derivarse de la inobservancia injustificada de los plazos de elección previstos en la ley.

(...) Por el contrario, las faltas definitivas se presentan cuando se tiene certeza de que el personero que había sido elegido para un determinado período no volverá a ocupar el cargo, caso en el cual se ordena hacer una nueva elección para lo que resta del período legal. En estos casos la norma parte del supuesto de que ha habido elección de personero en propiedad pero que la persona elegida no podrá terminar su período, lo que justifica una nueva elección por el tiempo restante. De acuerdo con lo anterior, la hipótesis consultada -vencimiento del período del personero sin que se haya elegido su remplazo- presenta una situación sui generis, pues la vacancia tiene formalmente carácter absoluto (definitivo) en la medida que su causa es irreversible y existe certeza de que no hay un titular elegido que pueda volver a ocupar el cargo¹⁴; sin embargo, es claro también que la provisión del empleo no podría hacerse para el resto del período -como se dispone en la ley para las faltas absolutas-, sino de forma transitoria mientras que se hace la elección del nuevo personero previo concurso público de méritos. Por tanto, se trata de un supuesto que formalmente correspondería a una vacancia absoluta pero que materialmente solo admitiría una provisión transitoria. (...)

Finalmente, como quiera que la realización del concurso público de méritos para la elección de los personeros es un imperativo legal irrenunciable para los concejos municipales y que los personeros tienen un período legal que dichas corporaciones no pueden reducir injustificadamente mediante la dilación indebida de ese procedimientos de selección, la Sala considera que resulta aplicable el límite temporal de tres (3) meses que establece el artículo 2.2.5.9.9., del Decreto 1083 de 2015 para los encargos de empleos públicos de libre nombramiento y remoción. Si bien la naturaleza del cargo de personero no corresponde a un empleo de esa naturaleza, el límite temporal de tres (3 meses) es más adecuado desde el punto de vista constitucional que el de seis (6) meses previsto para los encargos en empleos de carrera administrativa pues, como se ha explicado, el ejercicio regular y continuo de la función pública de las personerías exige la provisión definitiva del empleo a la mayor brevedad posible. De hecho, como se puede advertir, la situación planteada en la consulta es por sí misma anómala, ya que los concejos municipales debieron elegir personero dentro de los plazos señalados en la ley, de forma que se garantizara la continuidad institucional entre el funcionario saliente y el entrante; por tanto, frente a esa irregularidad, los límites temporales para el encargo del empleo de personero deben interpretarse de manera restrictiva.”

De acuerdo con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, no existe norma que contemple el encargo para el empleo de personero municipal. No obstante, asimila el empleo de personero municipal que es de período, a un empleo de libre nombramiento y remoción, situación por la cual en su consideración el encargo de personero municipal debe aplicarse el límite temporal de 3 meses.

Se considera pertinente revisar el artículo del Decreto 1083 de 2015 citado en el concepto del Consejo de Estado reseñado:

“Artículo 2.2.5.9.9. Término del encargo en un empleo de libre nombramiento y remoción. Cuando se trata de vacancia temporal de un empleo de libre nombramiento y remoción, el encargado de otro empleo sólo podrá desempeñarlo durante el término de ésta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.”

En consecuencia, y dando contestación a su pregunta, cuando el empleo de secretario del concejo municipal se encuentre en vacancia definitiva porque no se haya realizado el correspondiente proceso para su provisión, se debe encargar a un empleado público de la entidad que le siga en jerarquía, siempre y cuando reúna con los requisitos del empleo.

En caso que no sea posible proveer el empleo mediante encargo con servidores públicos de carrera, se podrá hacer un nombramiento de carácter transitorio, mientras se adelanta el correspondiente proceso para la elección del secretario del concejo municipal, de acuerdo a las normas vigentes.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: Harold Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”
2. Sala Plena. Corte Constitucional. Sentencia C-133 del 13 de mayo de 2021. Exp- D13759. MP.Diana Fajardo Rivera.
3. Concepto Número único 1101-03-06-000-2018-00234-00 Radicación Interna 2460 Referencia Concepto Elección de los Secretarios de los Concejos Municipales del 11 de diciembre de 2018, Magistrado Ponente: Edgar González López.