



Función Pública

## Concepto 044931 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000044931\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000044931

Fecha: 27/01/2022 09:38:18 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleados de Libre nombramiento y remoción. Concejo. Facultades. Ley de garantías. Radicado: 20229000030062 del 18 de enero de 2022.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual reitera interrogante elevado a esta Dirección Jurídica mediante consulta con radicado de entrada 20229000005542 del 05 de enero de 2022, en el cual consulta sobre si los Concejos Municipales a través de la presidencia de esta corporación, haciendo uso de su discrecionalidad y como nominador en los cargos de confianza y alta dirección, pueden declarar la insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción para nombrar a su personal de alta confianza, estando en el periodo de Ley de garantías electorales, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante abordar lo dispuesto en la Ley 136 de 1994<sup>1</sup>, a saber:

*“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. (...)*

*ARTÍCULO 170. Elección. Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos que realizará la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.” (Subrayado fuera del texto original)*

Asimismo, y en relación a la elección de los Contralores Municipales, es preciso abordar la Ley 1904 de 2018<sup>2</sup>, que dispuso lo siguiente:

*“ARTICULO 11. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en lo que correspondan a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales, en tanto el Congreso de la República expida disposiciones especiales para la materia. (...)”*

*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 de la Constitución Política, la presente Ley se aplicará por analogía.”*

Por su parte, en el mes de septiembre del año 2019 se promulgó el Acto Legislativo 04 de 2019, que dispuso lo siguiente frente a la convocatoria para elegir el Contralor del orden departamental, municipal y distrital:

*“ARTÍCULO 6°. La Contraloría General de la República desarrollará los términos generales para el proceso de convocatoria pública de selección de los contralores departamentales, municipales y distritales.”*

Como puede observarse de la normatividad que se dejó citada, en primer lugar tenemos que 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 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.

Frente a la elección del secretario, es importante mencionar que en sujeción a la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018, vigente como consecuencia del fallo de la Corte Constitucional mediante sentencia C-133 de 2021, se encuentra en cabeza del Concejo Municipal según su categoría y complejidad con observancia de los plazos fijados por dicha ley, adoptar el procedimiento establecido para la elección del Secretario del Concejo Municipal, según las condiciones sociales y económicas de cada municipio, con la finalidad de que su aplicación sea de forma eficaz, ágil y oportuna.

Otro punto, y en atención a lo dispuesto en el Artículo 170 de la Ley 136 de 1994, es la elección del personero por parte de esta corporación, el cual es elegido para un periodo fijo de cuatro años, previo concurso de méritos, de conformidad a la ley vigente.

Para terminar, y de acuerdo a lo dispuesto la Ley 1904 de 2018, frente a la aplicación de las disposiciones que regulan la Convocatoria Pública para la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República, en lo que corresponda a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales, en tanto el Congreso de la República expida las disposiciones especiales sobre la materia; puede concluirse que en virtud a lo preceptuado en el Acto Legislativo 04 de 2019, y en consecución a Resolución 0728 de noviembre del mismo año expedida por la Contraloría General de la República; los Contralores Municipales serán elegidos por los Concejos Municipales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes previa realización de la respectiva convocatoria pública, para un periodo de cuatro años.

Con todo, tenemos entonces que la elección de funcionarios dispuesta en el Artículo 35 de la Ley 136 de 1994 para los Concejos Municipales, comprende el empleo de secretario, Personero y Contralor del orden municipal, los cuales por el legislador corresponden a un empleo de periodo fijo, es así que, el Consejo de Estado<sup>3</sup> en su momento se pronunció concluyendo lo siguiente frente al vencimiento de este periodo institucional, a saber:

*"(...) De igual manera, se encuentran los empleos con periodo fijo que se caracterizan por estar delimitados temporalmente por el término establecido en la Constitución, la ley o el reglamento. De esta forma, el funcionario puede ser retirado del cargo en el momento en que se cumpla el plazo fijado. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se pueden identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Registrador Nacional del Estado Civil, a los Magistrados de altas cortes, a los contralores departamentales y municipales y a los personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el periodo fijo se explica en virtud: "(...) del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia," que aseguran al funcionario "(...) un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos" (Subrayado fuera del texto original)*

En los términos de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, se colige que los empleos con periodo fijo se encuentran delimitados temporalmente por el término establecido en la Constitución, la ley o el reglamento, y su retiro del servicio materializando una desinvestidura automática se causará una vez se cumpla el término fijado para su ejercicio.

Efectuada la anterior aclaración y abordando su tema objeto de consulta, tenemos que se encuentra en cabeza del Concejo Municipal la elección de funcionarios en empleos de periodo fijo, los cuales se tendrán que proveer de acuerdo a la normatividad aplicable de cada empleo, que en todo caso deberá estar precedida de una convocatoria pública; situación que es diferente a la cual referencia en su consulta, toda vez que no es facultad de esta corporación declarar la insubsistencia de empleados nombrados en empleos de libre nombramiento y remoción, así concluyó esta Dirección Jurídica mediante concepto con número de radicado de salida 20229000005542 del 05 de enero de 2022, a saber:

*"Así entonces, de conformidad a la atribución dispuesta en el Artículo 315 constitucional para los alcaldes, en sujeción a las atribuciones para los concejos municipales; esta corporación podrá ejercer la moción de observaciones a un determinado funcionario; cuyo efecto jurídico no es otro que el reproche político a su gestión, respecto del cual el Alcalde dentro de su autonomía podrá adoptar una medida en relación al funcionario, como es la declaratoria de insubsistencia de un empleado nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción.*

*Por lo tanto, los concejos municipales a través del presidente de la corporación no podrán declarar la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción de la respectiva entidad territorial"*

En las anteriores condiciones, puede entenderse que es una atribución del Concejo Municipal la moción de observaciones para empleados nombrados en empleos cuya naturaleza correspondan de libre nombramiento y remoción, no obstante, y partiendo de lo que usted refiere en su consulta, no es facultad de esta corporación declarar la insubsistencia de estos, toda vez que esta función corresponde al Alcalde respectivo de cada municipio.

Ahora bien, en relación a las restricciones dispuestas en la Ley 996 de 2005<sup>4</sup>, y resaltando que corresponde al Alcalde declarar la insubsistencia de un empleado nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción en un municipio, esta dispone:

*"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...)*

*Parágrafo. 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 fuera del texto original)*

Frente a la constitucionalidad de este inciso del parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia<sup>5</sup> consideró lo siguiente:

*"Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.*

*Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.*

*En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que 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. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.*

*Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.*

*Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del Artículo 38 será declarado exequible." (Subrayado fuera del texto original)*

De lo considerado por la Corte Constitucional, se tiene entonces que la prohibición dispuesta en el párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se encuentra dirigida para la modificación de la nómina de las entidades territoriales, que, para su caso, dirige el Alcalde del municipio, durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues con ello se garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden participar servidores públicos (Alcalde) autorizados constitucionalmente para actuar en política (Nombramiento o declaratoria de insubsistencia en un empleo), velando así por la transparencia del actuar administrativo.

La Corte entonces, dispone que la excepción que dispone este mismo Artículo 38, para la provisión de cargos por faltas definitivas en los casos que se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y los cargos de carrera administrativa, obedece al equilibrio que debe enmarcarse en la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, autorizando la vinculación en su nómina en el evento que se trate de las necesidades del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en la capacidad de seguirlo haciendo, y no es un cargo creado en tiempos de campaña, sino de la necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser suplida por encontrarse en periodo de campaña.

No obstante, a todo lo anteriormente expuesto, es importante indicarle que los Concejos Municipales no hacen parte de la Rama Ejecutiva, razón por la cual la Ley 996 de 2005, en relación a la prohibición de modificar la planta de personal, no es de su aplicación.

Finalmente, 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: Valeria B.

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*
2. *“Por la Cual se establecen las Reglas de la Convocatoria Pública para la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República”*
3. Consejo de Estado, Sala Sexta de Revisión, 22 de enero de 2019, Referencia: Expediente T-6.937.173, Consejera Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
4. *“Por 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. ”*
5. Corte Constitucional, Sala Plena, 11 de noviembre de 2005, Referencia: expediente PE-024, Consejero Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:13:54