



Función Pública

## Concepto 086471 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000086471\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000086471

Fecha: 22/02/2022 02:42:25 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Resulta viable que, en vigencia de la Ley de garantías electorales, algunos jefes de dependencia de la Contraloría Departamental del Magdalena vinculados como empleados de libre nombramiento y remoción, pueden ser declarados insubsistentes y ser nombrados sus reemplazos? Radicado 20229000062542 del 02 de febrero de 2022.

En atención a su interrogante de la referencia, relacionado con la viabilidad de que, en vigencia de la Ley de garantías electorales, algunos jefes de dependencia de la Contraloría Departamental del Magdalena vinculados como empleados de libre nombramiento y remoción, pueden ser declarados insubsistentes y ser nombrados sus reemplazos, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley 996 de 2005 consagró lo siguiente:

*"ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del Artículo siguiente.*

*PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.*

(...)

*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."*

*(Destacado nuestro).*

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, es importante remitirse a lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto No. 1839 de julio 26 de 2007, respecto a la

prohibición contenida en el párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que señala:

*“En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.”*

De acuerdo con lo anterior, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en las entidades de la Rama Ejecutiva, hace referencia a la imposibilidad de proveer cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, que sean indispensables para el cabal 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.

De esta manera se exceptúan de la prohibición del Artículo 38 a los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad.

Al respecto, y con relación a la naturaleza de las contralorías territoriales, la Constitución Política, en lo referente a los organismos de control, indica:

*“ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.*

*La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.*

*La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.*

*Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.*

*(...)”*

En este orden de ideas y dado que, a las contralorías departamentales, distritales o municipales, les corresponde la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios; se infiere que las mismas son órganos de control y están exceptuadas de las restricciones de la ley de garantías.

Con fundamento en lo expuesto, se tiene que las limitaciones del párrafo del Artículo 38 de la ley de garantías electorales en el orden territorial son de aplicación a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, en el sentido que dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, no pueden celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

Tampoco se puede modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los 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.

Sin embargo, en lo concerniente a las contralorías territoriales, esta Dirección Jurídica ha considerado que, por ser órganos de control, están exceptuadas de las prohibiciones consagradas en el Artículo 38 y, por lo tanto, resulta procedente que efectúen la vinculación y desvinculación de sus empleados de libre nombramiento y remoción en los términos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

De tal manera que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Entonces, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio, producto de la facultad discrecional de remoción por parte del nominador, con el propósito de hacer cesar la vinculación del empleo designado. Sobre este punto, es importante acotar que la decisión de retiro de este tipo de empleos procede una vez la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad; tal como lo expresó el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos.

La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contenido de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

En otra oportunidad, la misma Corporación reafirmó el concepto anterior, argumentando:

*“Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo”.*

Posteriormente, dentro de la misma vigencia el Consejo de Estado continúa bajo la misma posición frente al retiro de empleados de libre nombramiento y remoción:

*En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.*

*Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que, por tal razón, se desmejoró el servicio.*

Por ende, la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción debe obedecer a una necesidad de mejoramiento del servicio en pro del quehacer institucional. Igualmente, su provisión será discrecional del nominador.

En este orden de ideas y dando respuesta puntual a su interrogante, toda vez que la contralorías territoriales son organismos de control que no se encuentran dentro del campo de aplicación de las restricciones de los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, resulta viable que, en vigencia de la Ley de garantías electorales, algunos jefes de dependencia de la Contraloría Departamental del Magdalena vinculados como empleados de libre nombramiento y remoción, puedan ser declarados insubsistentes y ser nombrados sus reemplazos.

Por último, 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](http://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

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“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”.

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

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

Sección Segunda, Radicado núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 8 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado núm. 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado núm. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

---

Fecha y hora de creación: 2025-01-19 04:31:35