



Concepto 099911 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000099911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000099911

Fecha: 04/03/2022 06:34:17 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿En caso de declararse la nulidad de una elección de alcalde, a la persona que se designe, le aplicarían las restricciones contenidas en la ley de garantías? RADICADO: 20222060094672 del 22 febrero de 2022.

Reciba un cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si en caso de declararse la nulidad de una elección de alcalde, a la persona que se designe, le aplicarían las restricciones contenidas en la ley de garantías, me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley 996 de 2005¹ (Ley de Garantías) propende por la transparencia en los comicios electorales y establece lineamientos para garantizar la igualdad de condiciones para los candidatos, la limitación de la participación en política de los servidores públicos y las garantías para la oposición. Frente a las restricciones para adelantar procesos de vinculaciones y contratación pública, la ley de garantías establece que:

“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 33. Restricciones a la contratación pública. (...).

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.” (Negrilla fuera de texto)

Conforme a la normativa anterior, la nómina de la entidad no puede ser modificada dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso.

Ahora bien, en relación con el alcance de esta prohibición, y la viabilidad de declarar la insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia con radicado número:

73001-23-31-000-2006-01792-01 (0481-10) del 11 de noviembre de 2010, consejero ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila, refiere:

“...En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral², este precedente se ratifica ahora³, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.

Esta restricción para depurar el ejercicio democrático en épocas preelectorales, ha sido tan celosamente resguardada, que ni siquiera es posible llenar las vacantes en cargos recientemente creados. Así se expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil, al ser inquirida sobre el alcance de la limitación:

“En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse “vacancias definitivas” que puedan ser provistas”⁴

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.

Teniendo en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado anteriormente citado, puede inferirse que la restricción de modificar la nómina consagrada en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe al nominador, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, nombrar o desvincular a ninguno de sus empleados, entre ellos quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción.

No obstante, determina el alto tribunal que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto.

Así las cosas, resulta viable el retiro de los empleados públicos incluyendo dentro de éstos a los empleados de libre nombramiento y remoción, en casos absolutamente excepcionales, evento en el cual se puede hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, situación que deviene en un especial deber de motivar el acto de retiro.

Dicho análisis es propio de la entidad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada su situación particular (naturaleza jurídica, objeto, misión etc.) y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Así lo consideró el Consejo de Estado⁵ en el concepto Rad. No.: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366) del 20 de febrero de 2018, en el cual señaló:

“1.El Procurador General de la Nación llamó la atención al Ministerio del Interior respecto de la situación particular que enfrenta el recién elegido alcalde de la ciudad de Yopal, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Electorales desde el pasado 11 de noviembre, lo cual en principio le impediría adoptar decisiones claves en la inmediata conformación de su más cercano equipo de trabajo para enfrentar los retos de la administración local.

De esta suerte, teniendo en cuenta que el calendario de las elecciones de alcalde fue atípico y la llegada del nuevo mandatario concuerda con la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, es necesario buscar alternativas que le permitan a la nueva administración ejecutar de manera óptima el mandato ciudadano, el cual se vería afectado por una interpretación estricta de la norma.

2.En consecuencia, el Procurador solicitó al Ministerio del Interior que elevara consulta ante el Consejo de Estado, con el propósito de que este se pronuncie acerca de la pertinencia de una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a la prohibición de modificar la nómina del ente territorial dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

(...)

Sin embargo, la aplicación de dicha restricción en un caso como el que se analiza, es decir, de un alcalde elegido y posesionado durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, no solo limita las atribuciones legales que tiene el mandatario recién electo sino también dificulta el emprendimiento de las acciones y gestiones tendientes al cumplimiento de los deberes y obligaciones que le resultan imperativas para el cabal y oportuno desarrollo del programa de gobierno al que se comprometió en las urnas con la ciudadanía, de manera que tiene incidencia al momento de aplicar las normas que permiten desarrollar el mandato representativo y, por ende, puede terminar por afectar la democracia local. Entre otras normas que se ven comprometidas, pueden señalarse las siguientes: i) el artículo 40 de la Carta Política, que otorga a las personas el derecho a elegir y ser elegido, y a ejercer el poder político derivado de la elección, ii) el artículo 259 sobre voto programático, iii) el artículo 311, que define al municipio como la "entidad fundamental" de la organización político administrativa del Estado y le asigna competencias y funciones que impactan de manera directa la vida de sus habitantes, y iv) el artículo 315, que reconoce el derecho a los alcaldes para nombrar y remover a sus funcionarios.

(...)

Por todas las razones anteriores, la Sala considera que, de las varias interpretaciones que pueden hacerse al inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996, la que resulta más plausible es aquella que permite concluir que ante la situación sui generis del nuevo Alcalde de Yopal, y la necesidad de conformar su equipo de gobierno local al comienzo de su mandato, se justifica que pueda hacer excepcionalmente uso de su discrecionalidad aún en época preelectoral y, por tanto, ejercer la facultad de remover a los secretarios de despacho y directores de departamento administrativo, lo que generaría una falta definitiva que permitiría ser provista en esa circunstancia particular, pese a la norma que establece la prohibición general de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones populares al configurarse esa salvedad.

2. Conclusión

A juicio de la Sala el Alcalde de Yopal debe cumplir con lo dispuesto por la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de dicha ley, no podría, en principio, modificar la nómina de la Alcaldía.

Sin embargo, esta restricción no es absoluta. El mandatario podría excepcionalmente afectar la nómina. Las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, como lo ha señalado la jurisprudencia, no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración. Sería una contradicción que el nuevo Alcalde de Yopal tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto.

Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa³² y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos³³.

Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe:

i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.

ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.

iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994³⁴, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del

servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

En este orden de ideas, es posible interpretar que dentro de las excepciones previstas por la Ley de Garantías Electorales está la situación presentada con el nuevo Alcalde de Yopal, y en este sentido, concluir que dicho mandatario local elegido y posesionado durante la vigencia de las restricciones impuestas por la referida ley, puede integrar su equipo de trabajo para conformar la autoridad política del municipio. De esta manera se le da un mayor alcance al principio de la democracia local, en el sentido de que la voluntad ciudadana se ve mejor representada si el Alcalde, para desarrollar el programa por el que lo eligieron para satisfacer las necesidades de la población, puede escoger sin obstáculos su equipo de trabajo. Situación por demás razonable cuando un mandatario inicia su periodo.

Es necesario destacar que la Sala arriba a estas conclusiones, teniendo en cuenta que se está en presencia de una situación excepcional, como lo es la elección y nombramiento del Alcalde de Yopal durante la vigencia de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por lo tanto, la presente interpretación aquí planteada no resulta aplicable a casos diferentes.

Asimismo, debe señalarse que la situación atípica del Alcalde de Yopal, no lo excluye de cumplir con las demás obligaciones y restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales, tales como la prohibición de acudir a la contratación directa o celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, entre otras. Tampoco puede remover a funcionarios diferentes a los indicados en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994”.

Así las cosas y con el fin de dar respuesta puntual a sus interrogantes, tenemos:

1. ¿Cuál sería el proceso que se debe realizar en cuanto a la contratación y disposición de los cargos por parte de la nueva administración, teniendo en cuenta la prevalencia la facultad nominadora del nuevo alcalde?

Resulta viable el retiro de los empleados públicos incluyendo dentro de éstos a los empleados de libre nombramiento y remoción, en casos absolutamente excepcionales, evento en el cual se puede hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, situación que deviene en un especial deber de motivar el acto de retiro.

Dicho análisis es propio de la entidad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada su situación particular (naturaleza jurídica, objeto, misión etc.) y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

1. Teniendo en cuenta que el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado el día 27 de enero del 2022 a puertas del proceso de cierre de ley de garantías y el Auto que resuelve la solicitud de adición, aclaración y nulidad de la sentencia, confirmando de manera positiva la sentencia de segunda instancia el día 17 de febrero del 2022, ¿Aplicaría o no los efectos de la ley de garantías frente al proceso de entrada de la nueva administración y teniendo en cuenta la prevalencia la facultad nominadora del nuevo alcalde?

De acuerdo con el concepto del Consejo de Estado citado la situación atípica del alcalde elegido en vigencia de la ley de garantías, no lo excluye de cumplir con las demás obligaciones y restricciones impuestas por la Ley, tales como la prohibición de acudir a la contratación directa o celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, entre otras. Tampoco puede remover a funcionarios diferentes a los indicados en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](https://eva.es/gestor-normativo) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

1. “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”.

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

3. En el mismo sentido puede citarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00419-01(0419).

4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto de 18 de febrero de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985)A, Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública, Referencia: Función Pública. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos.

5. [/eva/gestornormativo/norma.php?i=85905](#)

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:23:48