



Función Pública

## Concepto 114711 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000114711\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000114711

Fecha: 17/03/2022 11:09:00 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Ley de Garantías. Vinculación de empleados de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales. RAD.: 2022900092602 del 21 de febrero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta acerca de la posibilidad de que un alcalde que se posesiona en el mes de marzo de 2022, en virtud de una decisión judicial, pueda nombrar a sus secretarios de despacho, directores, gerentes y demás servidores de libre nombramiento y remoción, así como solicitar a quienes ocupan esos cargos la renuncia protocolaria, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre este particular, se precisa que la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, dispone:

*“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”. (Subrayado nuestro)*

*“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.” (Subrayado nuestro)*

En cuanto a la interpretación de esta norma, esta Dirección Jurídica ha señalado de manera reiterada que se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel territorial de la Rama Ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular y que se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

En ese sentido, está prohibida la provisión de 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. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la

sentencia C-1153 de 2005, 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; es decir, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

Ahora bien, en el caso que se analiza, según se relata en el escrito de consulta, el alcalde tomó posesión de su cargo durante la vigencia de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales, asunto sobre el cual se estima pertinente recordar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 2366 dentro del expediente con Radicación número:

11001-03-06-000-2017-00205-00(2366), proferido el 20 de febrero de 2018, con ponencia del Magistrado Oscar Darío Amaya Navas, que precisó:

*“Existe por tanto una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa de gobierno. De tal suerte que la no satisfacción de este da lugar a la revocatoria del mandato por parte de los ciudadanos:*

*De acuerdo con los artículos 1° y 2° de la ley 131 de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho mandato”.*

*Es entendible, entonces, que un alcalde al iniciar su mandato, como máxima autoridad política y administrativa del municipio, cuente con colaboradores de su entera confianza para desarrollar el programa de gobierno que presentó a la comunidad y por el que lo escogieron sus electores. De allí que dentro de su nómina existan cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales la Corte Constitucional ha señalado:*

*“...siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se*

*trata”.* (Subrayas fuera del texto).

*Estos nombramientos permiten conformar la autoridad política del municipio, pues con ella se van a regir los destinos de la entidad territorial. De allí que el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 haya consagrado quiénes son las autoridades encargadas de ejercer en el municipio la autoridad política:*

*“AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política”.*

*Ciertamente los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, responsables políticamente y sujetos a la moción de censura, actúan mancomunadamente y en concordancia con el alcalde, para de esta forma lograr la unidad y el adecuado desarrollo de la autoridad política. Por lo tanto, es razonable que el nuevo mandatario pueda conformar su grupo de trabajo con las personas que van a liderar el programa de gobierno.*

(...)

*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.*

(...)

*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 1994, 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." (Destacado nuestro)*

Con base en lo determinado por el Consejo de Estado en el concepto transcrito, es razonable que un mandatario que inicia su período durante la vigencia de las restricciones de la ley de garantías electorales, conforme su equipo de trabajo a efectos de desarrollar el programa por el cual fue elegido, para satisfacer las necesidades de la población. En todo caso, señala esa Corporación, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

Por consiguiente, en el caso planteado, se observa que por tratarse de una situación excepcional, el alcalde que se posesiona durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales podrá remover a los servidores que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo, en los términos fijados en el artículo 189 de la ley 136 de 1994, en virtud del 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, donde 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.

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 [/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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:14:57