



Función Pública

Concepto 237041 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000237041

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000237041

Fecha: 14/06/2023 11:25:40 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEO. Aplicación de la Ley de Garantías para alcalde designado temporalmente. Alcance de las limitaciones en elecciones atípicas. RAD. 20239000303992 del 26 de mayo de 2023.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Incurrió en algún delito el alcalde encargado de ese municipio firmando contratos de prestación de servicios en pleno periodo de campañas y elecciones atípicas donde se suponía que había una ley de garantías aun que el consejo de estado dejara sin efecto estas elecciones atípicas?

¿Cuál es la connotación de la ley de garantías en elecciones atípicas en Colombia y sus prohibiciones?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, debe señalarse que quien sea designado como Alcalde para suplir la vacancia temporal del mismo, asume todas las responsabilidades asignadas al cargo, vale decir, todos los derechos, deberes y obligaciones que pesan sobre quien ejerce el cargo de Alcalde, se predicán de quien lo reemplace temporalmente.

Esto significa que quien se encuentre supliendo la vacancia temporal del Alcalde, deberá atender, entre otras, las limitaciones contenidas en la llamada Ley de Garantías.

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones que las

Entidades territoriales deben tener en cuenta como consecuencia de las elecciones que se efectuaran en el territorio nacional el 27 de octubre de 2019, para asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y miembros de juntas administradora locales, siendo de aplicación las siguientes disposiciones:

"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". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 33.- Restricciones a la contratación pública.- Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias". (Subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, emitió el concepto No. 2382 del 8 de mayo de 2018, en el que señaló lo siguiente:

"Es pertinente aclarar que la Sala, inicialmente, en su doctrina sobre la Ley 996 de 2005, concebía la contratación directa de una forma más amplia, al definirla, de forma negativa o por exclusión y al amparo de la Ley 80 de 1993, como *"cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto [d]el contrato o del órgano que contrata"* ¹⁸. Incluso, sostuvo que la expresión "contratación directa" debía entenderse como *"cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993"* ¹⁹.

Sin embargo, más adelante, la Sala empezó a delimitar con mayor precisión el alcance del término "contratación directa", especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección abreviada²⁰, sistematizó las causales de contratación directa²¹ y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal²².

Así, en el concepto 1974 del 26 de noviembre de 2009, la Sala manifestó, sobre este punto: *"La expresión contratación directa, contiene el elemento objetivo de la prohibición, entendido como cualquier mecanismo de escogencia o selección del contratista en el que se prescinda de un procedimiento público de escogencia, como la licitación pública, (sic) el concurso de méritos, la modalidad de selección abreviada prevista en la ley 1150 de 2007, o cualquier otro similar establecida por la ley"*. (Resaltamos).

En este mismo concepto, se presentó una aclaración de voto, en la que el Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo manifestó:

"La ley 1150 de 2007 en el artículo 2° determinó como "modalidades de selección" del contratista entre otras la de "contratación directa" modalidad de procedimiento de selección que se encuentra regulada por el numeral 4° del citado artículo, y a nivel reglamentario por el decreto 2474 de 2008, en especial los artículos 74 a 83. Con base en esta regulación, el intérprete sabe qué se entiende en el derecho colombiano por "contratación directa." Entonces, como la ley 996 no definió lo que se debía entender por contratación directa, debe aplicarse el artículo 23 del Código Civil que ordena tomar como definición la que haya hecho el legislador, que en nuestro caso es el artículo 2° de la ley 1150 de 2007 de 2007...".

De esta forma, junto con la evolución de la normatividad sobre la contratación pública y el afinamiento de los criterios doctrinales de la Sala, producto de las múltiples y variadas consultas recibidas sobre la Ley 996 de 2005, se ha llegado a depurar el concepto de "contratación directa", para estos efectos, precisando que, aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado²³, ha establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes.

Así, la Sala ratifica en esta oportunidad que, para los efectos de la "Ley de Garantías Electorales" y, especialmente, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, debe entenderse por "contratación directa" cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas²⁴, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Finalmente la Sala aclara, en esta ocasión, que la prohibición temporal a la contratación directa impuesta por la norma citada incluye tanto la celebración o suscripción del contrato proveniente de este mecanismo de selección, como el proceso en sí mismo. Por lo tanto, durante la época en que rige esta restricción, las entidades y los organismos del Estado no deben abstenerse solamente de suscribir contratos originados en este procedimiento de selección, sino también de iniciar o continuar, según el caso, este tipo de procesos de selección."

Adicionalmente, la misma Corporación, en su Concepto 1727 del 20 de febrero de 2006, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, indicó lo siguiente:

"IV. Las excepciones a la prohibición temporal, de conformidad con el artículo 33 de la ley 996 de 2005.

Siguiendo la doctrina ya definida por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, las excepciones a la restricción a la contratación directa, son las

contenidas en la ley 996 de 2005 en el segundo inciso del artículo 33 antes transcrito, dentro de las que se encuentran las relativas a la *defensa y seguridad del*

Estado, los requeridos para cubrir las emergencias sanitarias desastres naturales o casos de fuerza mayor,.... y los que deban realizar las entidades sanitarias...

Se ratifica en este concepto lo expuesto en ocasiones anteriores, en las que se ha interpretado la locución defensa y seguridad del Estado como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público. De esta forma, se entiende que la prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados."

Adicionalmente, la CIRCULAR CONJUNTA 100-006 del 16 de noviembre de 2021, emitida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de La República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005, respecto a la contratación estatal, indica lo siguiente:

"LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

¿Cuáles son las restricciones en materia de contratación estatal en aplicación de la Ley 996 de 2005?

En materia de contratación estatal existen dos restricciones: la primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.

Sin embargo, mediante la Ley 2159 de noviembre 12 de 2021, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1. de enero al 31 de diciembre de 2022, se dispuso en su artículo 124 que, con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de su publicación y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, modificando únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Así mismo, debe resaltarse que el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, respecto de la Acción de Tutela instaurada por un ciudadano dentro del expediente No. 11001-33-34-003-2021-00354-00, en la que se decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de la ley 096 de 2021 Senado y 158 de 2021 Cámara, "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022", por desconocer el principio de reserva y afectar de manera grave los principios de imparcialidad e igualdad electoral.

Como consecuencia de lo anterior, el juez de tutela ordenó al Presidente de la República y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, restricción que solo estará vigente hasta que la Corte Constitucional conozca de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad que se adelante en contra de la disposición normativa mencionada.

¿Qué implica la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

La Ley de Garantías prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta lo precisado en anteriormente en relación con la expedición de la Ley 2159 de 2021, así como lo señalado por el juez de tutela en la sentencia de noviembre 9 de 2021.

En este periodo se pueden celebrar convenios interadministrativos en los cuales no intervengan entidades del orden territorial que no impliquen la ejecución de recursos.

¿A partir de qué fecha empieza a regir a restricción para celebrar convenios interadministrativos?

Según el calendario electoral, a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no pueden celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, independientemente de la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

No obstante, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que autorizó la celebración de esta clase de

convenios entre la nación y las entidades territoriales para la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que deben contar con el control especial que disponga la Contraloría.

El Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, en la que resolvió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de ley del presupuesto y ordenó no aplicar la modificación a la ley de garantías hasta que la Corte Constitucional resuelva de fondo las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra dicha ley.

¿Qué implica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. A través de la modalidad de contratación directa se celebran, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, arrendamiento de inmuebles y contratos con proveedor exclusivo.

¿A partir de qué fecha empieza la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

A partir del 29 de enero de 2022 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente.

¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

Aplica a todos los entes del Estado, de todas las Ramas del Poder Público pertenecientes al nivel nacional y territorial.

¿Existen excepciones frente a la restricción para celebrar contratos directamente? Se exceptúa lo referente a:

- La defensa y seguridad del Estado
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres
- 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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. (Se subraya).

De la legislación, los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, podemos extraer las siguientes premisas respecto a las limitaciones para la contratación bajo la vigencia de la Ley de Garantías:

A todos los entes del Estado, les está prohibido, durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, realizar contratación directa.

Por contratación directa se debe entender cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Están exceptuadas las contrataciones en 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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

La prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el alcalde que fue designado por el Gobernador para suplir la vacancia del titular por el proceso adelantado en el Tribunal, en primera instancia, deberá atender las prohibiciones contenidas en la Ley 996 de

2005. No obstante, la limitación respecto a la contratación, está dirigida a la contratación directa, entendiéndose por esta como cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Ahora bien, sobre el alcance de las limitaciones contenidas en la Ley 996 en elecciones atípicas, el Ministerio del Interior elevó consulta ante el Consejo de Estado, con el propósito de que este se pronunciara acerca de la pertinencia de una medida de carácter excepcional para la Alcaldía considerando 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, y cómo debía actuar el recién elegido Alcalde 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. Como resultado de esta solicitud, el Consejo de Estado, Sala De Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Óscar Darío Amaya Navas, emitió el Concepto 00205 de 2018 del 20 de febrero de 2018, en el que indicó, sobre la aplicación de la Ley de Garantías en elecciones atípicas, lo siguiente:

“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, (...)”

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 1994²⁴ 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”.*²⁵

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.

(...)

El caso concreto

Las preguntas elevadas en la consulta están dirigidas a determinar si bajo la vigencia de las prohibiciones establecidas por la Ley de Garantías Electorales es posible: i) modificar la nómina de la Alcaldía de Yopal y ii) provisionar los cargos de inspector de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, establecidos en el inciso 2 del artículo 4 del Decreto 2026 de 2017.

A continuación se pasa a responder estos interrogantes.

La interpretación constitucional del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005

En el caso objeto de estudio, debe la Sala destacar que el nuevo Alcalde de Yopal fue elegido en elecciones atípicas celebradas durante la vigencia de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales²⁶, periodo durante el cual también tuvo lugar su posesión.

Esta circunstancia excepcional da lugar a una tensión entre varias normas. En efecto, mediante la Ley de 996 de 2005 y la prohibición de modificar la nómina impuesta por el párrafo del artículo 38, se busca proteger la democracia participativa (artículo 1 de la C.P), la igualdad entre los candidatos a cargos de elección popular (artículo 13 de la C.P.) y la transparencia y moralidad administrativa (artículo 209 de la C.P.).

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.

Dentro de este marco, una interpretación literal de la Ley 996 de 2005 que no tome en consideración las particularidades del caso objeto de estudio, puede perjudicar otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política y la ley. Ante esta situación, es necesario realizar una interpretación ponderada, conforme con la Carta Política²⁷, que promueva la unidad y consistencia del sistema jurídico²⁸ y que maximice la tutela de los intereses y bienes jurídicos protegidos en juego.

Así, se observa que el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 exceptúa, de la prohibición de modificar la nómina estatal, impuesta a los servidores públicos durante los cuatro meses anteriores a las elecciones populares, aquellos casos en que deban proveerse 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*” (se resalta).

Esta disposición, aplicada a la situación de hecho concreta planteada en la consulta, podría tener, entre otras, dos interpretaciones, en principio aceptables:

(i) Que al ser dicha norma de carácter exceptivo, es también de interpretación restrictiva y, por lo tanto, los casos allí enunciados son taxativos. Así, al no estar prevista la situación del nuevo Alcalde de Yopal, en relación con la conformación de su equipo de trabajo más cercano (secretarios de despacho y directores de departamento administrativo), pues los funcionarios nombrados por el alcalde anterior continúan todavía en sus cargos, no puede aplicarse la salvedad mencionada, ergo el mandatario local no puede remover a dichos servidores ni designar sus reemplazos durante el período de aplicación de la “Ley de Garantías Electorales”; o

(ii) Que la disposición señalada no es taxativa en cuanto a las causales de falta o vacancia definitiva que menciona, tal como lo ha considerado previamente la jurisprudencia y la doctrina, por lo cual la respectiva excepción puede aplicarse a otros casos similares, como el retiro de un servidor público por vencimiento de su período, por destitución (como sanción disciplinaria) o por remoción, debidamente justificada, entre otras circunstancias, tal como lo dijo, para este último caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias antes referidas. A este último caso correspondería la situación del nuevo Alcalde de Yopal, ya que las normas constitucionales y legales que se han citado en este concepto le permitirían válidamente conformar inmediatamente su equipo de gobierno, con personas cercanas y afines a su ideología y a sus propuestas, para cumplir eficazmente con su programa de gobierno, dentro del período para el cual fue elegido.

De estas dos interpretaciones de la norma citada (párrafo del artículo 38 de la Ley 996), la primera resultaría inconstitucional y contradictoria con otras disposiciones del mismo nivel jerárquico, pues llevaría a concluir que un alcalde elegido y posesionado durante el período de veda impuesto por la Ley de Garantías Electorales no podría, durante ese mismo lapso, conformar su equipo de gobierno, integrado por sus más cercanos colaboradores, con el fin de empezar a ejecutar inmediatamente su programa de gobierno, al cual se comprometió públicamente frente a sus votantes, sino que debe conformarse con esperar a que pasen las elecciones (hasta la segunda vuelta presidencial, si la hubiere), para iniciar el cumplimiento de dicho programa, o bien gobernar con los funcionarios designados por el mandatario anterior, y tratar de que estos ejecuten sus políticas, programas y proyectos, aunque no sean personas de su confianza, o no compartan su visión e ideología política, o programa de gobierno.

En esa medida, dicha hermenéutica no resultaría plausible, pues se opondría, no solo a otras disposiciones del mismo nivel, es decir, legales, como aquellas que regulan la facultad de los alcaldes elegidos popularmente para conformar su equipo de gobierno con personas de su confianza y de libre nombramiento y remoción (por ejemplo, los artículos 84, 91 y 92 de la Ley 136 de 1994²⁹, modificada por la Ley 617 de 2000³⁰, entre otras), así como las que desarrollan la figura del voto programático (Ley 131 de 1994), sino también a cánones superiores, de orden constitucional, como los artículos 259 (voto programático) y 315, numeral 3³¹ (funciones de los alcaldes). Adicionalmente, dicha interpretación, que sin lugar a dudas busca proteger algunos principios y valores constitucionales, como la pureza del sufragio, la transparencia e imparcialidad de las elecciones, y la transparencia y moralidad de los funcionarios administrativos, entre otros, resultaría contraria a varios principios y valores constitucionales, como el principio democrático a nivel local, la soberanía popular, la autonomía territorial de los municipios y la eficacia de la gestión administrativa de las autoridades municipales.

En cambio, la interpretación por la cual se prohíja, limitada, claro está, a la situación de hecho concreta y precisa que se describe en la consulta, resulta armónica con las normas constitucionales y legales citadas, y no contraviene ninguno de los dos grupos de principios y valores constitucionales que se mencionan. En efecto, no puede presumirse que la remoción de los secretarios de despacho y de los directores de los departamentos administrativos, que haga el primer mandatario, y su reemplazo por personas de su entera confianza y que compartan su ideario político y su programa de gobierno, constituya una conducta arbitraria, poco transparente, parcializada y dirigida a favorecer a los candidatos que participan en las elecciones parlamentarias o en el proceso electoral para Presidente y Vicepresidente de la República, pues el hecho de que el alcalde haya sido elegido por fuera del calendario electoral ordinario y, además, en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, constituye, en sí misma, una situación excepcional e imprevista, y la necesidad que dicho mandatario tiene de conformar su equipo de gobierno y empezar a ejecutar rápida y eficazmente su programa político constituye, por sí misma, una justificación objetiva y válida, desde el punto constitucional. Lo contrario, es decir, afirmar que la remoción y la sustitución de los funcionarios referidos busca un propósito diferente,

como el de interferir en las elecciones, es algo que tendría que probarse en el caso concreto.

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.”

Según el pronunciamiento del Consejo de Estado, en elecciones atípicas celebradas durante la vigencia de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales, ante la situación *sui generis* del nuevo Alcalde 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.

Así las cosas, esta Dirección considera que un Alcalde que fue elegido en elecciones atípicas en vigencia de la Ley de Garantías, podrá remover a los servidores de libre nombramiento y remoción y efectuar los nombramientos requeridos para conformar su equipo de trabajo, por la situación excepcional que esta elección significa.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”:
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo_, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:59:17