



Función Pública

Concepto 277011 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000277011*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000277011

Fecha: 02/08/2021 11:49:01 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- Restricciones para que en aplicación de la Ley 996 de 2005 denominada ley de garantías electorales se designe por parte del gobernador respectivo a un gerente regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. RAD: 2021-206-049585-2 del 30 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe restricción para que en aplicación de la Ley 996 de 2005 denominada ley de garantías electorales se designe por parte del gobernador respectivo a un gerente regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- La Ley 996 de 2005 consagra en el parágrafo del Artículo 38, lo siguiente:

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

(...)

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 de texto)

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia [C-1153](#) de 2005, sostuvo:

“...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”. (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, mediante concepto número [1839](#) de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto a la prohibición contenida en el Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, señaló:

“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.”

(...)

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el Artículo 38 de la ley de garantías.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las normas y sentencias citadas, se considera que los destinatarios del párrafo del Artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005 son los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, a quienes, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, se restringió la modificación de 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, salvo, como lo señala la norma, en el caso que se trate de la 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.

Así las cosas, se tiene que, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no es procedente modificar la nómina de la respectiva entidad; es decir, se prohíbe vincular y desvincular a persona alguna de la nómina municipal o de las empresas descentralizadas en las que éstos participen como miembros de sus juntas directivas, salvo, como lo señala la norma, en el caso que se trate de la 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, pues esto garantiza que no se utilicen los empleos públicos como medio para adelantar la campaña electoral, y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

2.- Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, la Ley 1137 de 1999 determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. Naturaleza jurídica. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social¹. Su domicilio legal es la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. pero podrán organizarse dependencias en el territorio nacional.”(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, el ICBF es un establecimiento público del nivel nacional que podrá contar con dependencias en el nivel territorial, con el fin de desarrollar los objetivos misionales a su cargo.

En ese sentido, se colige que las gerencias departamentales son cargos de nivel directivo del nacional que hacen parte de la planta de cargos del ICBF; es decir, no son cargos de entidades del nivel territorial, ni hace parte de la planta de personal de la respectiva gobernación o departamento donde se presten sus servicios.

3.- Ahora bien, en relación con la autoridad facultada para elegir y designar al director de una territorial del ICBF, el Artículo 305 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala:

“ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.”

De acuerdo con la anterior disposición constitucional, del gobernador tiene la atribución de escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el Departamento, de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, quedando obligado el jefe del establecimiento público a nombrar a quien sea seleccionado por parte del Gobernador.

La anterior disposición constitucional es desarrollada por el Artículo 78 de la Ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 78º.- Calidades y funciones del director, gerente o presidente. (...)

PARÁGRAFO. - Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal”.

Como se puede observar, la anterior disposición reitera lo señalado por la Constitución Política, es decir, que el Gerente o Director Territorial de

los establecimientos públicos nacionales, será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 determina:

“TÍTULO 28

DESIGNACIÓN DE LOS DIRECTORES O GERENTES REGIONALES O SECCIONALES O QUIENES HAGAN SUS VECES, EN LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL ORDEN NACIONAL

ARTÍCULO 2.2.28.1 Designación. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso.”

De las anteriores disposiciones puede inferirse que el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo.

4.- Así las cosas y atendiendo puntualmente sus interrogantes, le indico:

a.- A su primer interrogante, se precisa que, de acuerdo con lo señalado en la primera parte del presente concepto, los destinatarios del parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 son los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, de entre otras, el orden departamental, a quienes, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, se restringió la modificación de la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental o de las empresas descentralizadas.

Así las cosas, y como quiera que el cargo de director o gerente territorial del ICBF no hace parte de la planta de personal de la gobernación o de departamento, sino que hace parte de la planta de personal del Instituto, se colige que no le son aplicables las normas de que trata la Ley 996 de 2005, denominada Ley de Garantías Electorales.

b.- Su segundo interrogante no se responde al resultar excluyente.

c.- En atención al tercer interrogante de su escrito, en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay inconveniente legal para que el gobernador de un departamento escoja de la terna enviada por el ICBF a quien ejercerá como director de una gerencia departamental del Instituto, aun en el caso que se aproximen elecciones territoriales, en razón a que la norma no lo prohíbe.

d.- Al cuarto interrogante de su consulta, se considera que el ICBF cuenta con la facultad legal para realizar el nombramiento del director territorial, en razón a que no existe norma que lo restrinja, dado que el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe la modificación de la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar o desvincular a persona alguna de la nómina de la planta de personal de las entidades del nivel departamental o de las empresas descentralizadas de dicho nivel, sin que dicha restricción se extienda a las plantas de personal de las entidades del nivel nacional como es el caso del Instituto.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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 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. Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS D EPIE DE PÁGINA

1. Artículo 1° del Decreto Ley 4156 de 2011

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:16:46