



**Función Pública**

## Concepto 247091 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000247091\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000247091

Fecha: 14/07/2021 11:02:35 a.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEO. Ley de Garantías. Designación de Jefe de Control Interno. RAD. 20219000483872 de fecha 22 de junio de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que es jefe de Control Interno de una ESE. El día 1° de febrero de 2022 se cumple el período, debido a que se nombró en el año 2018 a otra persona pero por no cumplir con los requisitos del cargo, la ESE no la posesionó. Posteriormente, esta persona demandó a la Alcaldía, la sentencia de primera instancia denegó las pretensiones y el asunto se encuentra en la etapa de apelación. Con base en la información precedente, consulta si por Ley de Garantías habría incidencia en el nuevo nombramiento para el cargo de jefe de control interno del siguiente período.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

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 efectuaron en el territorio nacional el 27 de octubre de 2019, para asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y miembros de juntas administradora locales, siendo de aplicación el artículo 38 de la citada norma, que señala:

Ahora bien, la Ley 996 de 2005 consagró lo siguiente:

“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 fuera de texto)

Sobre el particular, la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto No. [2182](#), emitido el 12 de diciembre de 2013, señaló lo siguiente:

"En efecto, en primer lugar la Sala observa que los artículos [8](#) y [9](#) de la Ley [1474](#) de 2011 disponen que el cargo de jefe de control interno en las entidades del orden territorial tiene un período fijo transitorio que expira el 31 diciembre de 2013, momento a partir del cual quedará vacante; asimismo que el artículo [8](#) de dicha ley impone a los alcaldes y gobernadores la obligación de designar al responsable del control interno de las entidades por un período fijo de cuatro años, contado a partir del 1 de enero de 2014, de donde se infiere que es la propia ley la que de manera expresa e inequívoca ordena proveer la vacante que se presente en dicho cargo a la expiración del respectivo período.

En segundo lugar, el inciso cuarto del párrafo del artículo [38](#) de la Ley [996](#) de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, "*que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada*". La expresión "*por faltas definitivas*" que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, "*proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo*", caso en el cual "*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.*"

En el caso concreto, las palabras "*falta definitiva*" no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador. De conformidad con su entendimiento natural y obvio, la "*falta definitiva*" es sinónimo de vacancia del cargo, o sea la ausencia concluyente, resolutoria, irrevocable de una persona en el cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de su ausencia definitiva por expiración del período fijo previsto en los artículos [8](#) y [9](#) de la Ley [1474](#) de 2011.

La interpretación sistemática del inciso cuarto del párrafo del artículo [38](#) de Ley [996](#) de 2005 impone que esa expresión sea analizada, además, en función de otras normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentran los artículos [8](#) y [9](#) de la Ley [1474](#) de 2011, que ordenan a los gobernadores y alcaldes designar a los funcionarios responsables del control interno para continuar la lucha contra la corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, indispensables en orden a obtener el cabal funcionamiento de la administración.

Bajo este entendimiento, la expiración del período fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último del párrafo del artículo [38](#) de la Ley [996](#) de 2005, de suerte que habilita la designación de su reemplazo por parte del nominador territorial aún encontrándose en curso la campaña electoral de un cargo de elección popular. No se trata en este caso de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Así, la expresión "*falta definitiva*" no se limita a la muerte o renuncia del funcionario, sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del período fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo [38](#) de la Ley [996](#) de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

En conclusión, la expresión "*por faltas definitivas*" incluye el supuesto descrito en la consulta, lo que significa que los alcaldes y gobernadores pueden hacer la designación de los funcionarios responsables de control interno de las entidades del orden territorial, una vez expirado el término

de duración del período correspondiente, incluso dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Conforme a lo expuesto, la Sala RESPONDE:

*"1. ¿Es viable que los gobernadores y alcaldes puedan proveer los empleos de Jefes de Control Interno o quienes hagan sus veces, los cuales quedarán vacantes a partir del 31 de diciembre del presente año, por vencimiento del período, teniendo en cuenta la importancia de las funciones constitucionales que desarrollan al interior de las entidades públicas del nivel territorial y dado que las elecciones a desarrollarse son las de Congreso y Presidente de la República y no de gobernadores y alcaldes, quienes ejercen la facultad nominadora de los mismos?"*

*2. De ser negativa la respuesta a la anterior, se pregunta si dadas las restricciones transitorias de la Ley 996 de 2005 ¿es viable que, en aplicación del párrafo del artículo 9° de la Ley 1474 de 2011, los Jefes de Control Interno del nivel territorial que estén ejerciendo las funciones a 31 de diciembre de 2013, ¿permanezcan en el desempeño de sus empleos hasta que sea viable que los gobernadores y alcaldes procedan a nombrar de manera definitiva para el período correspondiente?"*

*3. De no ser viable la anterior alternativa, ¿significa que los servidores públicos tienen que retirarse al vencimiento del período?"*

*4. De ser positiva la anterior respuesta, ¿es viable que los empleos de los Jefes de Control Interno del nivel territorial cuyo período vence el 31 de diciembre del presente año, se provean mediante la figura del encargo con servidores de la misma entidad o de la gobernación o alcaldía que cumplan los requisitos?"*

*5. De poderse proveer de manera definitiva los empleos de jefe de Control Interno o los que hagan sus veces del nivel territorial únicamente cuando venza la restricción de la ley de garantías, el período de los servidores que se nombren ¿hasta cuándo irá? ¿Es un período personal o institucional?"*

Sí es jurídicamente viable. De acuerdo con el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y de los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 del 2011, corresponde a los gobernadores y alcaldes, a partir del 1 de enero de 2014, por vencimiento del período, designar al funcionario responsable del control interno en las entidades del nivel territorial.

Por consiguiente, al vencimiento de su respectivo período, los Jefes de Control Interno del nivel territorial que estén ejerciendo las funciones a 31 de diciembre de 2013 deben retirarse del cargo y, en consecuencia, resulta procedente la designación en propiedad en estos cargos a partir del 1 de enero de 2014 por un nuevo periodo de cuatro años." (Se subraya).

De acuerdo con el citado concepto, es viable designar al nuevo Jefe de Control Interno de una entidad del nivel territorial, pues la expiración del período fijo encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Adicionalmente, se trata de una designación que resulta obligatoria para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva del funcionario.

En cuanto a la posibilidad de que mediante el fallo de la Jurisdicción Contenciosa se ordene la vinculación de quien inicialmente fue nombrado, pero no posesionado por falta de requisitos, la misma Corporación y Sala, en su concepto No. 1863 del 15 de noviembre de 2007, con ponencia del consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, se pronunció en los siguientes términos:

"IV (SIC). CUMPLIMIENTO DE FALLOS JUDICIALES DURANTE LA ETAPA PREELECTORAL A LAS ELECCIONES A CARGOS DE ELECCION POPULAR

En el caso concreto, considera la Sala que los servidores públicos del nivel nacional o territorial que en cumplimiento de una sentencia judicial o de una providencia proferida en una acción popular o de tutela, deban contratar, ejecutar obras, efectuar gastos e incluso hacer algún reintegro

de personal durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para cargos de elección popular general o de Presidente, según el caso, no violan la ley de garantías electorales, por las razones de orden constitucional y legal que se explican a continuación.

Con fundamento en la autonomía del poder judicial derivada de la separación de poderes y del derecho al acceso a la administración de justicia que tienen todos los ciudadanos, las decisiones de los jueces, como ya se expuso en el acápite anterior, son de obligatorio cumplimiento para la administración y los particulares en los términos y condiciones previstos en cada providencia.

Los actos de ejecución que la administración deba expedir o realizar para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en las providencias judiciales, se fundamentan en decisiones desprovistas *per se* de intereses proselitistas, pues los funcionarios investidos de jurisdicción, al impartir justicia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley (artículo 230 C.P.), de manera que sus fallos no son fruto de las presiones propias de épocas de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005.

Por tanto, el derecho de acceso y de obtener una pronta y cumplida administración de justicia, que se concreta cuando se cumple lo ordenado en las respectivas sentencias, hacen que no sea necesario que el legislador hubiese incluido el cumplimiento de fallos judiciales como parte de las excepciones a los regímenes prohibitivos contenido en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38, todos ellos de la ley 996 de 2005, ya que la fuerza vinculante de la sentencias emana directamente de estructura del Estado y de la autonomía conferida al poder judicial.

Entonces, si bien es cierto, que entre las excepciones a las prohibiciones contenidas en las normas antes citadas de la ley de garantías electorales, el legislador no contempló los actos necesarios para la debida ejecución de una providencia judicial, también lo es que la finalidad de la ley de garantías electorales no riñe con el deber Constitucional y legal que tienen los servidores públicos de cumplir lo ordenado por la autoridad judicial en sus providencias.

En este orden de ideas, si para cumplir un fallo judicial dictado en un proceso contencioso administrativo o en desarrollo de una acción constitucional, por ejemplo una acción popular, se requiere que dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para Presidente de la República un ente estatal suscriba de manera directa algún contrato público o se presente una vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva; la autoridad administrativa competente debe actuar de conformidad con la decisión judicial, sin que en estricto derecho pueda afirmarse que por ello está violando la ley de garantías electorales.

De igual manera, si dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para cargos de elección popular, y para cumplir un fallo judicial dictado, por ejemplo en una acción popular; una autoridad territorial debe celebrar un convenio interadministrativo o debe reintegrar algún servidor público, dicho servidor público territorial debe actuar en los precisos términos definidos por el juez, tal como lo ordena el artículo 34 de la ley 472 de 1998, sin que por ello se pueda afirmar que está violando o desconociendo los postulados de la ley 996 de 2005.

Es tan cierto que el cumplimiento y ejecución de sentencias no suponen un incumplimiento de las exigencias de la ley de garantías, que por ejemplo en materia de reintegros, vale la pena adicionalmente señalar que la jurisprudencia de esta Corporación, con acierto ha considerado que dicha orden no es un "*nombramiento, es simplemente la ejecución de la decisión judicial que al anular el acto de desvinculación declara la ficción jurídica de que el actor jamás estuvo por fuera del servicio*".

En conclusión, los actos de ejecución de una providencia judicial no vulneran los intereses jurídicamente tutelados en la ley de garantías electorales, ni se oponen al cumplimiento de su finalidad.

LA SALA RESPONDE:

1 y 2 Los fallos judiciales, en cualquier tiempo, son de obligatorio cumplimiento por los particulares y la administración a ellos vinculados. Los servidores públicos que para cumplir con lo ordenado en una sentencia judicial, incluyendo los fallos proferidos en acciones populares, deban contratar, ejecutar obras, efectuar gastos e incluso hacer algún reintegro durante el periodo de prohibición preelectoral, no violan la ley de garantías electorales.

Los actos de ejecución de una sentencia, en tanto se fundamentan en la decisión de un juez, no comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005 y la legitimidad del proceso electoral, máxime cuando con dichos fallos se protege un derecho fundamental o colectivo.

3 y 4- El cumplimiento de fallos judiciales puede constituir una excepción a las restricciones de la ley 996 de 2005, puesto que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a éstos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia.”

Según el pronunciamiento, los fallos judiciales son de obligatorio cumplimiento para las entidades públicas y en caso de ordenar la posesión de quien obtuvo favorable la sentencia, deberá ser acatada aun cuando sea época de prohibición preelectoral.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

La provisión del cargo de Jefe de Control Interno, se entiende excluida de la prohibición, pues la culminación del período es causal de retiro definitivo del servicio y, por ende, la administración puede proveer el cargo. Adicionalmente, el cargo de Jefe de Control Interno es vital para para la buena marcha de la administración, elemento adicional que lo excluye de la prohibición de la Ley 996.

En caso que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordenase la posesión de quien fue designado, pero no posesionado en el cargo de Jefe de Control Interno, la administración deberá acatar el fallo y su cumplimiento no estaría incluido en las limitantes de la Ley 996.

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”: <http://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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:09:43*