



Función Pública

Concepto 381261 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000381261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000381261

Fecha: 22/10/2021 11:10:39 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS - LEY DE GARANTIAS. Es procedente remover o cambiar funcionarios de libre nombramiento y remoción en Ley de Garantías RAD. 20212060623962 de fecha 14 de septiembre de 2021.

En atención al oficio de la referencia en el cual se consulta si es procedente que en vigencia de la Ley de Garantías promover funcionarios de libre nombramiento y remoción, atentamente me permito informarle lo siguiente:

En relación con las prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, denominada Ley de Garantías Electorales, el artículo 38, señala:

“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)

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente (E.): William Zambrano Cetina, en sentencia del diez (10) de junio de dos mil diez (2010). -Consulta. Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00066-00 No. interno 2.011 de 2005, señaló:

“1. a) Efectivamente, tratándose de elecciones presidenciales en las cuales no se presenta como candidato el Presidente de la República ni su Vicepresidente, las restricciones a la vinculación a la nómina estatal y a la contratación pública, contempladas en los artículos 32 y 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 10 tienen plena aplicación así: las del artículo 32 a las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, las del artículo 33 a todos los entes del Estado, en las dos expresiones anteriores están comprendidas las entidades territoriales, y las del párrafo del artículo 38 específicamente a las entidades territoriales.

En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley-incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32” (Subrayado nuestro)

Esta misma Corporación en sentencia del 26 de julio de 2007, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos Radicación: 1001-03-06-000-2007-00061-00, señaló:

“II. Sujetos o destinatarios de las prohibiciones del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

Desde una perspectiva subjetiva, es necesario distinguir entre las prohibiciones contenidas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° y las contenidas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: “los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital”, con el fin evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

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.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-1153 de 2007, sobre este particular, sostuvo:

"(...) encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificarla 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".

En concepto de esta Sala, la fuente de esta prohibición es el artículo 125 de la Carta, que proscribe la afiliación política de los ciudadanos como un factor determinante para el nombramiento, el ascenso o la remoción de una persona en un empleo y, por su puesto, el principio de igualdad que rige los procesos electorales." (Subrayado y negrilla nuestro).

Sobre el mismo tema, el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante Circular Externa No. CIR11-75-1GEL-0213, sostuvo:

"El artículo 38 de la Ley 996 de 2005, establece en su párrafo prohibiciones dirigidas exclusivamente a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, durante los cuatro (4) meses previos a las elecciones.

"(Subrayado nuestro)

De conformidad con la norma, jurisprudencia y conceptos en cita, es claro que las prohibiciones contempladas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aplica a los entes y entidades territoriales, específicamente, va dirigida a los gobernadores, alcaldes, gerentes y directores de entidades descentralizadas de dicha Rama.

Respecto del alcance de esta prohibición en las Contralorías Municipales, corresponde referirnos a la naturaleza de estas, señalando que de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 113 de la Constitución Política estas Entidades constituyen órganos autónomos e independientes.

Adicionalmente, el artículo 272 constitucional, establece que corresponde a los Concejos Municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, para la gestión fiscal de los municipios, y faculta a los Contralores de ese nivel para ejercer, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 ibídem.

Así mismo el artículo 65 de la Ley 42 de 1993, "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", estipula:

"ARTÍCULO 65. Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley.

Les corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales la organización y funcionamiento de las contralorías que haya autorizado la ley.

ARTÍCULO 66. En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa, y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas."

De conformidad con las normas en cita, las Contralorías Municipales son entidades técnicas que gozan de autonomía presupuestal y administrativa, que no forman parte de la estructura del municipio como órgano de la rama ejecutiva del poder público, aunque su funcionamiento sea provisto con recursos municipales.

En virtud de lo anterior, las Contralorías Municipales no hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, sino que hacen parte de los órganos de control, por cuanto ejercen en el municipio, la vigilancia de la gestión fiscal, por cuanto ejercen en el municipio las funciones del Contralor General de la República.

Así las cosas, atendiendo puntualmente su consulta, se concluye que las Contralorías Municipales son entidades técnicas que gozan de autonomía presupuestal y administrativa, que no forman parte de la estructura del municipio como órgano de la rama ejecutiva del poder público, aunque su funcionamiento sea provisto con recursos municipales.

Por tanto y teniendo en cuenta el campo de aplicación previsto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en criterio de esta Dirección Jurídica éste no le es aplicable a las Contralorías Municipales, considerando que no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público.

No obstante, como usted lo señala su vinculación es en un empleo de libre nombramiento y remoción, por lo tanto la administración en cualquier momento y de acuerdo a las necesidades del servicio lo puede dar por terminado en cualquier momento.

En cuanto a su segundo interrogante relacionado con el periodo de restricción de la ley de garantías, le informo que son 4 meses contados con anterioridad a la elección presidencial y hasta la segunda vuelta y, no para las elecciones legislativas. Por tanto, y como estos comicios se llevarán a cabo el 29 de mayo de 2022 el periodo de restricción inicia el 29 de enero de 2022.

Para más 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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:22:54