



# Función Pública

## Concepto 073731 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000073731\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000073731

Fecha: 11/02/2022 03:49:08 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. Radicado: 20229000007382 del 5 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se aclare el Concepto número 20216000411091 del 17 de noviembre de 2021 y se dé respuesta a las siguientes preguntas:

*"1. ¿Es procedente la aplicación de las disposiciones contenidas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, a los Concejos Municipales o Distritales, en caso afirmativo indicar la fuente legal o jurisprudencial que sustenta dicha aplicación normativa?"*

*En atención a que la Rama Ejecutiva tiene 3 órdenes: nacional, departamental y municipal, sírvase indicar: ¿si a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha indicado si los concejos municipales hacen parte de esta rama en el orden municipal o se le pueden aplicar normas propias de estas en virtud de principios como la analogía?*

### FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Inicialmente, el Concepto número 20216000411091 del 17 de noviembre de 2021, objeto de aclaración, concluye:

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la ley de garantías prohíbe a las entidades u organismos de la Rama Ejecutiva dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a Congreso de la República las cuales, se llevarán a cabo el 13 de marzo de 2022, la prohibición rige a partir del 13 de noviembre de 2021. Sin embargo, como los concejos municipales y/o distritales son corporaciones político administrativas, que no integran la Rama Ejecutiva del Poder Público; por consiguiente, esta Dirección Jurídica considera que las disposiciones contenidas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no son de aplicación a los mismos.

Conforme a las conclusiones anteriores, y dada su solicitud de aclaración, se tendrán en cuenta los siguientes argumentos Constitucionales y legales:

La Constitución Política de Colombia (CP), en su artículo 312, clasifica los concejos municipales como una corporación político-administrativa, para periodos de 4 años, integrado por mínimo 7 y máximo 21 concejales. De igual manera, la Ley 136 de 1994 en su artículo 21, igual que el artículo Superior, los clasifica como corporación administrativa de la cual, sus miembros son elegidos popularmente.

Ahora bien, respecto a las restricciones de la vinculación en nómina, la Ley 996 del 2005, (Ley de Garantías) tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establecer limitaciones a la vinculación de personal en las entidades del Estado. Esta ley señaló en los artículos 32 y 38, lo siguiente:

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 fuera de texto)

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.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente (E): William Zambrano Cetina, en sentencia del 10 de junio de 2010, consulta con radicado número 11001-03-06-000-2010-00066-00, refiere:

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 parágrafo del artículo 38 de la ley 996 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 parágrafo del artículo 38 específicamente a las entidades territoriales.

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

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 parágrafo 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 parágrafo 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 de 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.

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

Adicionalmente, resulta procedente mencionar la Ley 489 de 1998 para efectos de dejar en claro cuáles son las entidades que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional que por analogía son también las que pueden constituirse en el Orden Territorial por la competencia atribuida a las Asambleas Departamentales (artículo 300, numeral 7 de la CP) y, a los concejos municipales (artículo 313, numeral 6 de la CP).

En estos términos, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 insta la forma como se estructura la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional:

ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

Del Sector Central:

La Presidencia de la República;

La Vicepresidencia de la República;

Los Consejos Superiores de la administración;

Los ministerios y departamentos administrativos;

Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

Del Sector descentralizado por servicios:

Los establecimientos públicos;

Las empresas industriales y comerciales del Estado;

Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

Los institutos científicos y tecnológicos;

Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARÁGRAFO 1.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

PARÁGRAFO 2.- A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

Conforme lo anterior, la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional se conforma por un sector central y otro descentralizado. Así, tal como mencionamos anteriormente, estas entidades también pueden existir en el orden local, según mandato Constitucional, legal y jurisprudencial. Por ende, los departamentos y municipios, a través de ordenanza y acuerdo, según el caso, tienen competencia para crear establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, entre otros; al ser aplicables por analogía las disposiciones relativas a las entidades descentralizadas de carácter nacional enumeradas en precedencia.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

*¿Es procedente la aplicación de las disposiciones contenidas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, a los Concejos Municipales o Distritales, en caso afirmativo indicar la fuente legal o jurisprudencial que sustenta dicha aplicación normativa?*

R/ La prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones de cargos de elección popular, según las disposiciones del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se aplica en complemento del artículo 32 de la misma ley, en el sentido de indicar que tal restricción es aplicable a las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del orden Nacional como Territorial, en términos del concepto del Consejo de Estado arriba mencionado. Sin embargo, y como los concejos municipales o distritales, según la Ley 489 de 1998, no hacen parte del sector central o descentralizado de la Rama Ejecutiva, no les son aplicables las disposiciones de la ley de garantías.

*En atención a que la Rama Ejecutiva tiene 3 órdenes: nacional, departamental y municipal, sírvase indicar: ¿si a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha indicado si los concejos municipales hacen parte de esta rama en el orden municipal o se le pueden aplicar normas propias de estas en virtud de principios como la analogía?*

R/ Efectivamente, la integración de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional dispuesta en la Ley 489 de 1998 se aplica por analogía al Orden Departamental y Municipal. Sin embargo, los concejos municipales o distritales son corporaciones político-administrativas que no hacen parte de la misma, ni les son aplicables normas propias de estas en virtud de los principios de analogía.

#### NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva), en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

«Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones»

«Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:55:09