



## Concepto 086911 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000086911\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000086911

Fecha: 22/02/2022 04:29:42 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: LEY DE GARANTÍAS *¿¿¿* Aplicación a Contralorías - RADICADOS: 20222060060682 del 1° de febrero y 20222060063662 del 2 de febrero de 2022.

En atención a las comunicaciones de la referencia, mediante las cuales consulta:

*“1- ¿Si los entes de control como el caso de las Contralorías departamentales que son entidades técnicas que gozan de autonomía presupuestal y administrativa y que no forman parte de la estructura del departamento como órgano de la rama ejecutiva del poder público, están sujetas a la aplicación de la ley de garantías?”*

*2- En cuanto, a la prohibición en materia de contratación pública, ¿si esta cubija a todas las entidades del Estado incluidas las Contralorías Departamentales?”*

*3- En cuanto a la discrecionalidad del señor contralor, puede éste nombrar funcionarios de libre nombramiento y remoción en cargos que han quedado en vacancia definitiva, me permito manifestar lo siguiente:*

Inicialmente es importante mencionar que la Ley 996 del 24 de 2005, (Ley de Garantías), tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado. Al respecto, señaló en los artículos 32, 33 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 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.*

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

*Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.*

*Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.*

*Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.*

*Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.*

*Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.  
La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.*

*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."*

(Destacado fuera de texto)

Es importante aclarar que las prohibiciones de los artículos 32 y 38 anteriormente citados, aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Así lo hizo entrever la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1727 del 17 de febrero de 2006, al establecer lo siguiente:

*"El hecho de que los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el período que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del artículo 38 ibídem, abarca un período preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables solo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 parágrafo, pues no solo 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".*

(Destacado nuestro)

En igual concepto, la misma sala del Consejo de Estado, en concepto C.E. 2011 del 10 de junio de 2010 con Consejero Ponente (E.): William Zambrano Cetina, señaló:

3.3 Las restricciones mencionadas se aplican a las entidades territoriales, ya sea que las elecciones sean territoriales o nacionales.

Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 *in fine* de la Constitución.

Adicionalmente, las restricciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", con lo cual quedan incluidas las entidades territoriales.

Precisamente, sobre este tema, la Sala en el Concepto No. 1727 del 20 de febrero de 2006 sostuvo:

"Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión *todos los entes del Estado* hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones.

(...)

Reitera la Sala que la locución en comento, debe entenderse dentro del contexto de la ley de garantías y de la especial finalidad que ella busca, la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia, de suerte que si el legislador no utilizó la expresión "rama ejecutiva" en el artículo 33 de esta ley, como sí lo hizo en la prohibición del artículo 32, y enunció como obligados por la prohibición a todos los entes del Estado, es claro que no fue su intención excepcionar aquellas que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, desarrollada por el artículo 38 de la ley 489 de 1998. La frase que se interpreta coincide con la definición legal de "administración pública" del artículo 39 de la misma ley 489, según la cual "se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano."

En relación con el parágrafo del artículo 38 de la ley 996, es claro que su campo de aplicación se refiere a las entidades territoriales pues en su parte inicial menciona una serie de autoridades del orden territorial y como se dijo, su alcance se refiere a elecciones en general, tanto territoriales como nacionales.

A este respecto, la Sala mediante el Concepto No. 1720 del 17 de febrero de 2006, manifestó:

"En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 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 parágrafo 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 parágrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 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 parágrafo 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 parágrafo, 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".

(...)

#### LA SALA RESPONDE

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 de 2005, 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.

b) Tales restricciones son aplicables a las entidades territoriales no solamente para las elecciones de carácter territorial sino también para las de carácter nacional.

(...)"

(Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, para el Consejo de Estado, los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 contienen 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*, contiene prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales.

El alcance de la expresión *todos los entes del Estado* contenida en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996, hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía.

Ahora bien, las contralorías municipales, por su parte, constituyen órganos autónomos e independientes de acuerdo con lo previsto en el inciso 2°, artículo 113 constitucional, el cual establece que *“además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”*, teniendo en cuenta que gozan de personería jurídica, 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.

Así mismo, en virtud del artículo 272 constitucional, a las contralorías departamentales, distritales o municipales les corresponde la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios; dichas entidades son órganos de control.

Así las cosas, para responder el interrogante No. 1 de su consulta, se tiene entonces que las Contralorías están sujetas a la aplicación de Ley de Garantías, en virtud de lo que se ha dejado indicado en el presente concepto, así:

El artículo 32, sobre “Vinculación a la nómina estatal” contiene prohibiciones y restricciones aplicables a la Rama Ejecutiva (Nacional y territorial)

El artículo 33, relacionado con las “restricciones a la contratación pública”, son aplicables a TODOS los entes del Estado, indistintamente pertenezcan o no a la rama ejecutiva.

El artículo 38, sobre “Prohibiciones para los servidores públicos”, está dirigido a los empleados del Estado, es decir, a todas las ramas del poder públicos, organismos de control y electorales.

El párrafo del artículo 38 contiene prohibiciones aplicables a autoridades territoriales, es decir, son de aplicación a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, en el sentido que dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, no pueden celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

En dicho sentido, el párrafo no será de aplicación a las Contralorías departamentales.

En cuanto a su interrogante No. 2 en el que pregunta sí la prohibición en materia de contratación pública, cobija a todas las entidades del Estado incluidas las Contralorías Departamentales, se recuerda que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 dispuso que 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.

Todos los entes del Estado son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía.

Así las cosas, la prohibición de realizar contratación directa también resulta aplicable a las Contralorías Departamentales.

En caso de requerir mayor información con relación con la facultad para la celebración de contratos estatales, podrá dirigir sus inquietudes directamente a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, entidad facultada para pronunciarse sobre la contratación pública.

Por último, y para responder el interrogante No. 3 de su consulta, se indica que con respecto a la prohibición del artículo 32 y párrafo del artículo 38, establecieron que se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público y que tampoco se podrá modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los 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.

Sin embargo, en lo concerniente a las contralorías territoriales, esta Dirección Jurídica considera que, por ser órganos de control, como lo es el caso de una contraloría departamental, están exceptuados de las prohibiciones consagradas en este artículo y parágrafo y, por lo tanto, resulta procedente que efectúen la vinculación en nómina de las vacantes definitivas en los términos de Decreto 409 de 2020 "*Por el cual se crea el régimen de carrera especial de los servidores de las Contralorías Territoriales*".

Para mayor 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 [/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

Proyectó: A. Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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.

Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00066-00 / Número interno 2.011

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:26:51*