



Función Pública

Concepto 304841 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000304841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000304841

Fecha: 17/09/2019 04:51:01 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Ley de Garantías Electorales. Restricciones durante la vigencia de la ley de garantías electorales, aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. CONTROL INTERNO. Designación del Jefe de Control Interno en el nivel Territorial en vigencia de la Ley de Garantías.RAD. 20192060290632 del 16 de agosto de 2019.

En atención al oficio de la referencia, donde consulta sobre la facultad del Gobernador de Boyacá para realizar nombramientos en la nueva la planta de personal de una empresa industrial y comercial del estado que fue creada durante el período de ley de garantías, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), 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 efectuaran en el territorio nacional el próximo 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:

«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, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.

“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)

Estas restricciones aplican a la Rama Ejecutiva del Poder Público de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

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)

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional [C-1153](#) de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia por renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

A su vez, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, indica:

«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 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.

-

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma.»
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel nacional y territorial de la Rama Ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, 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 conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Ahora bien, respecto al régimen jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es preciso citar el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, el cual dispone:

«ARTÍCULO 38º.- 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:

1. Del Sector Central:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

(...)

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;

(...)»

Conforme a lo anterior, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

La Circular Externa No. 24 del 12 de mayo de 2017 expedida por la Agencia Colombia Compra Eficiente, señaló:

«2. Restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa

La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. El artículo consagra excepciones para los contratos relativos a la defensa y seguridad del Estado, crédito público y los requeridos para atender emergencias y para la reconstrucción de infraestructura afectada por acciones terroristas, desastres naturales o eventos de fuerza mayor. Esta prohibición cubre a todos los entes del Estado, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía.

El calendario electoral establece que la primera vuelta de las próximas elecciones presidenciales es el domingo 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente.

La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial».

De conformidad con lo anterior, se prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la segunda vuelta si fuere el caso.

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, de desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Por lo tanto, las restricciones y prohibiciones referidas en la norma en cita comenzarán para los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, así como las entidades en las que participen como miembros de sus juntas directivas, a partir del 27 de junio y hasta el 27 de octubre de 2019, en consecuencia, las restricciones y prohibiciones solo serán aplicables en el orden territorial.

En virtud de lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica se permite concluir, que respecto a las restricciones y prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, en cuanto a la vinculación y modificación de la nómina de las entidades estatales, estas son aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y, por lo tanto, las mismas no se encuentran facultadas para efectuar nombramientos en su planta de personal, durante el periodo que se ha dejado indicado.

Ahora bien, frente a la designación de los jefes de control interno de las entidades territoriales en vigencia de las prohibiciones y restricciones previstas en la Ley 996 de 2005, ley de garantías electorales, este Departamento Administrativo elevó consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuya corporación se pronunció mediante concepto del 12 de diciembre de 2013, en los siguientes términos:

«En este orden de ideas, la máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad territorial puede hacer la designación del empleo del funcionario responsable del control interno a la expiración de su periodo, aún dentro de los cuatro meses anteriores a la fecha de la elección presidencial, teniendo en cuenta que: (i) no se presenta el elemento temporal para la aplicación de la restricción establecida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005; y (ii) no tiene el alcance de impedir que las entidades territoriales provean las vacantes que se presenten cuando sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública (Sentencia C-1153 de 2005), como ocurriría en este evento, dado que no se puede afectar una función tan sensible e importante como es la de control interno.»

(...)

“En efecto, en primer lugar la Sala observa ¹ 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 periodo fijo transitorio que expira el 31 de diciembre de 2013, momento a partir del cual quedará vacante; así mismo 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 periodo 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 período 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 legislador². De conformidad con su entendimiento natural y obvio³, 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 la ley 996 de 2005 ⁴ impone que esa expresión sea analizada, además, en función de otras normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentran los artículos 8º y 9º 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 ⁵ y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso ultimo 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 funcionario⁶, 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 de hecho 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 termino de duración del período correspondiente, incluso dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a los cargos de elección popular.»

De acuerdo con todo lo anterior, y teniendo en cuenta que el empleo de jefe de control interno corresponde a un cargo de período institucional y no personal, en criterio de esta Dirección Jurídica, debe entenderse, que concluido el período para el cual fueron elegidos tales funcionarios se produce una vacancia del empleo, y en tal consideración la autoridad competente estaría llamada a efectuar una nueva designación por el período establecido. En el evento en que el nominador decida que la persona que termina el período continúe en el desempeño del mismo, deberá proceder a realizar un nuevo nombramiento siguiendo el procedimiento que adopte para tal efecto.

La Ley 1474 de 2011 no estableció un procedimiento específico para el nombramiento de los jefes de oficina de control interno, únicamente determinado los requisitos para su desempeño, en consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que los gobernadores y alcaldes en desarrollo de su facultad nominadora podrán establecer un procedimiento meritocrático para la designación o provisión definitiva del empleo de Jefe de Oficina de Control Interno de las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel territorial, atendiendo los requisitos del perfil del cargo señalados en la Ley 1474 de 2011 y precisando que se trata de un empleo de periodo.

En conclusión, una vez finalizado el período para el cual fueron designados los jefes de control interno, deberá operar un retiro inmediato de quien viene desempeñando dicho empleo, siendo responsabilidad de la autoridad correspondiente producir una nueva designación con otra persona o con la misma, originando en todo caso, un nuevo nombramiento.

Con 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

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Acudiendo a la regla de interpretación gramatical, según la cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, incorporada en el primer inciso del artículo 27 del Código Civil. Esta regla proviene de diferentes fuentes de la tradición jurídica romana - “cumin verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio” - y medieval - “in claris non fit interpretatio-

2. De acuerdo con el criterio de interpretación contenido en el artículo 28 del Código Civil, el cual precisa que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”

3. Cfr. <http://lema.rae.es/drae/?val=flata> consultado el 10 de diciembre de 2013, El diccionario de la Lengua Española define “falta” como “ausencia de una persona del sitio en que debía estar” y “ausencia de una persona, por fallecimiento u otras causas”, mientras que la palabra “definitiva” corresponde a un adjetivo cuyo significado es: “que decide, resuelve o concluye”.

4. Es pertinente recordar la regla de la interpretación consagrada en el artículo 30 del Código Civil, en el sentido de que “[el] contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”, denominada interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo de que hace parte- “incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula elus proposita iudicare vel respondere” D.1.3.24 Celso: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.

5. Nótese que lugar a la vacancia del cargo en cuanto implica la desvinculación de la persona que lo desempeña y la cesación de funciones por virtud de la ley.

6. El artículo 31 del Código Civil ordena que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”, regla que debe aplicarse en conexión de los criterios antes expuestos.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:13:02