



Función Pública

Concepto 382611 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000382611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000382611

Fecha: 21/10/2021 11:59:18 a.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición para modificación de nómina. Contralorías territoriales no están cobijadas por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Renuncia de empleado. RAD. 20219000632012 de fecha 20 de septiembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿A una Contraloría Territorial le es aplicable la ley de garantías?

¿Cuándo inicia la ley de garantías?

¿En el período de ley de garantías el representante legal de una entidad, puede solicitar cartas de renuncia a funcionarios de libre nombramiento y remoción?

¿Se pueden aceptar cartas de renuncia presentadas por funcionarios de libre nombramiento y remoción en etapa de ley de garantías?

¿En el período de ley de garantías se pueden realizar nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción para ocupar la vacancia definitiva por renuncia?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle 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 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.

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 períodos 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 período 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 período que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del artículo 38 ibídem, abarca un período 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” (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 1º, 2º, 3º y 4º 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 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.

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, 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.

En cuanto a su segundo interrogante relacionado con el período 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 período de restricción inicia el 29 de enero de 2022.

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

¿A una Contraloría Territorial le es aplicable la ley de garantías?

Teniendo en cuenta el campo de aplicación previsto en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en criterio de esta Dirección Jurídica éste no le es aplicable a las Contralorías Territoriales, considerando que no hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

¿Cuándo inicia la ley de garantías?

El período de restricción de la ley de garantías, es de 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 período de restricción inicia el

29 de enero de 2022.

¿En el período de ley de garantías el representante legal de una entidad, puede solicitar cartas de renuncia a funcionarios de libre nombramiento y remoción?

¿Se pueden aceptar cartas de renuncia presentadas por funcionarios de libre nombramiento y remoción en etapa de ley de garantías?

¿En el período de ley de garantías se pueden realizar nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción para ocupar la vacancia definitiva por renuncia?

La nómina del respectivo ente territorial o entidad de la Rama Ejecutiva no se puede modificar dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, 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.

Debe aclararse que la autoridad nominadora, si bien puede insinuar la presentación de la renuncia a un empleado que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción, éste se encuentra en libertad de aceptar o no la sugerencia. En caso de acceder a su presentación, la entidad podrá, en vigencia de la Ley de Garantías, aceptar su dimisión y nombrar a su reemplazo, por cuanto la norma contempla esta situación como excepción a la limitación.

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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:28:34