



Función Pública

Concepto 31491 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000031491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000031491

Fecha: 03/03/2014 06:48:40 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: VARIOS. Provisión de cargos de Director Territorial del INCODER dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005. Rad. 20142060023072 del 10 de febrero de 2014

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si es viable efectuar el proceso de selección para la provisión de las vacantes de Directores Territoriales del INCODER y nombrar a las personas que asean designadas por el Gobernador respectivo dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, me permito informar lo siguiente:

1.- La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, señaló 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”. (Negrilla fuera de texto)

“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.” (Negrilla fuera de texto)

El inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia [C-1153](#) de 2005, sostuvo:

“c. ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal

El artículo 32 indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

(...)

De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.

Ahora bien, esta Corporación considera 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, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

(...)

“...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". (Negrilla 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.

Señala la Corte que 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.

2.- A su vez, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, conceptuó:

"...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 periodo 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 legislador (6). De conformidad con su entendimiento natural y obvio (7), la "*falta definitiva*" es sinónimo de vacancia del 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 periodo 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 (8) impone que esa expresión sea analizada, además, en función de otras normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentran los artículos 8 y 9 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 periodo fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva (9) y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último 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

campana 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 funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo 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 término de duración del periodo correspondiente, incluso dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. (...)”

De acuerdo con la interpretación del Consejo de Estado plasmada en el concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, la expresión “*falta definitiva*” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario, sino que abarca otras causas legales de retiro del servicio, como es el caso de la expiración del periodo, teniendo en cuenta que 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.

Es decir, la falta definitiva puede originarse por causales diferentes a la muerte o renuncia, y la provisión del cargo es posible en la medida en que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Según esta Corporación, en estos casos no se trata 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.

Como puede observarse, la interpretación del Consejo de Estado es concordante con la posición de la Corte Constitucional, que expresó en la sentencia C-1153 de 2005, 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, salvo que se trate de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

En cada caso concreto deberá revisarse si es posible encargar o asignar las funciones del empleo a otro servidor de la entidad, para suplir la necesidad del servicio.

2.- Ahora bien, en relación con el nombramiento de los Directores Territoriales de los establecimientos públicos del orden nacional, el Artículo 305 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala:

“ARTÍCULO 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.”

De acuerdo con la anterior disposición constitucional, del gobernador tiene la atribución de escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el Departamento, de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo. La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para proveer la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.

La anterior disposición constitucional es desarrollada por el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 78.- Calidades y funciones del director, gerente o presidente. (...)”

Parágrafo.- Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal”.

Como se puede observar, la anterior disposición reitera lo señalado por la Constitución Política, es decir, que el Gerente o Director Territorial de los establecimientos públicos nacionales, será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.

La Ley 489 de 1998 es reglamentada por el Decreto 1972 de 2002, el cual señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto. (...)”

“ARTÍCULO 2°. La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

PARÁGRAFO. El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.”

“ARTÍCULO 5°. El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público.

En el caso de vacancia temporal del empleo, éste será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo.”

En atención a las disposiciones citadas, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, conformada con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Si se generara una vacancia temporal del empleo, éste será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo.

La Corte constitucional en la sentencia T-1009 del 7 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa, precisó lo siguiente:

“4. El numeral 13 del artículo 305 de la Constitución le confiere a los gobernadores la atribución de “escoger” una persona de la terna que le envíe el correspondiente director del establecimiento público¹

4.1. De acuerdo con la Constitución Política, como regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado deben ser de “carrera” (art. 125, C.P.). Pero, también establece que no son de carrera los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” (ídem). Por tanto, si bien el ingreso a los cargos de carrera debe ser el fruto de “los méritos y calidades de los aspirantes”, el acceso a los demás cargos puede responder al menos en parte a razones de distinto orden.

(...)

4.4. En esta ocasión, la Sala no está ante un cargo cuya forma de ingreso haya sido indiferente para la Constitución. La Constitución establece de manera expresa un aspecto de la forma de provisión de los cargos de gerente o jefe seccional de los establecimientos públicos de orden nacional que operen en el departamento. Dice que es competencia del gobernador, “[e]scoger de las ternas” enviadas para esos efectos, a la persona que estime apta para ocupar el cargo (art. 305, numeral 13, C.P.). En cambio, en la Constitución, no hay ningún precepto que diga algo semejante respecto de la provisión de cargos de gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Podría pensarse que esa diferencia no es decisiva para tomar, en este caso, una decisión distinta de la que se adoptó en la jurisprudencia antes referida. Pero la verdad es que sí lo es, al menos por las siguientes razones.

4.4.1. En primer lugar, porque en la sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), la Corte ya le concedió a esa diferencia una relevancia decisiva. Efectivamente, en ese caso se presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20 y 21 de la ley 119 de 1994,² en los cuales se establecía que los Directores Regionales del Sena eran cargos de libre nombramiento y remoción por parte del Director General del Sena. La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió, entre otros aspectos, el alcance normativo del numeral 13, artículo 305, de la Constitución, y sostuvo al respecto, que

“la interpretación del art. 305-13 de la Constitución demanda la consideración de los siguientes supuestos materiales y jurídicos: [...]

-El director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento público nacional debe elaborar unas ternas (dos o más) de aspirantes a ocupar el cargo de gerente o jefe seccional de la entidad en el departamento.

- Las ternas deben ser remitidas al gobernador del departamento, para su consideración.

- De las ternas en cuestión el gobernador debe “escoger” a la persona que a su juicio debe ser nombrada en el referido cargo.

- La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para llenar la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.”

De igual modo, comprendió que cuando la Constitución usa el término ‘escoger’, en la norma, le ordena al intérprete respetar el ámbito de autonomía y discrecionalidad, si bien limitado, que tiene el gobernador. Al respecto, se sostuvo:

“[I]a inflexión verbal “escoger” que utiliza la norma, se empleó por el Constituyente en su acepción obvia, cual es la de seleccionar entre varios - los integrantes de las ternas- a quien deba ser propuesto y nombrado para el cargo”.³

4.4.2. En segundo lugar, porque esa jurisprudencia debe seguir teniendo vigencia. Por una parte, porque así lo exige la regla interpretativa del efecto útil, de acuerdo con la cual los vocablos usados por el Constituyente deben entenderse en el sentido de que produzcan efectos, y no en el sentido de que no lo produzcan o produzcan efectos absurdos.⁴ Así, en este caso, no podría decirse que la forma de ingreso a un cargo como el de gerente del ICA, debe depender exclusivamente del mérito de los aspirantes, pues de ser esa la interpretación se privaría por completo de eficacia la facultad que la Constitución les confiere a los gobernadores de “escoger”, a partir de la terna enviada, a quienes estén postulados para ocupar el referido cargo. Y esa jurisprudencia debe ser mantenida, por otra parte, porque interpretar que el gobernador tiene la facultad de “escoger” libremente entre los ternados, no priva de efecto útil, en todo caso, al principio ciertamente concurrente, de acceso al poder público en virtud del mérito. Lo que hace es conciliar ese principio con otros, que están latentes en la atribución que la Carta le otorga al gobernador de escoger entre los ternados a quien debe ser designado. Se trata de conciliar la primacía del mérito con los principios, expresamente reconocidos como subyacentes a esa facultad en la sentencia C-295 de 1995,⁵ de descentralización y autonomía de los departamentos, los cuales están llamados a garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.⁶

4.4.3. Pero además, porque mientras el concurso de méritos que se realiza para designar a quien habrá de ocupar el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado, se rige por lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, distinto es el asunto sometido al examen de la Sala, porque no se discute aquí la aplicación de una norma de rango legal, sino la atribución constitucional conferida a los gobernadores de escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento y, tratándose de una norma de rango constitucional, no puede la Sala desconocerla.

En el marco de un concurso de méritos, no para elegir a quienes habrán de ocupar los cargos de gerentes o jefes seccionales respectivos, sino para “conformar una lista de elegibles”, de la cual se escoge a quien será designado, debe prevalecer el mérito para su conformación con quienes obtengan el más alto puntaje, ello no obsta para que la atribución de los gobernadores de escoger a una persona de la terna enviada por el jefe nacional respectivo, se ejerza, debido a que, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-295 de 1995,⁷ dicha atribución fue conferida por la Constitución Nacional para desarrollar los principios de descentralización y autonomía de los departamentos, y para garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.⁸

Como puede observarse en la designación de los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, confluyen dos autoridades: de una parte, el gobernador, quien escoge de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento; y de otra parte, el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento quien designa a la persona escogida para proveer la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de la designación de los Directores Territoriales de establecimientos públicos del orden nacional confluyen dos autoridades diferentes, como se explicó, y debe seguirse un proceso de selección público abierto para la integración de las ternas.

Por consiguiente, me permito entrar a atender sus inquietudes en el mismo orden de presentación, así:

Frente a la pregunta de si es viable efectuar el proceso de selección para la provisión de las vacantes de Directores Territoriales del INCODER, esta Dirección considera que se pueden adelantar las diferentes etapas del proceso de selección respectivo, con el fin de proveer las vacantes definitivas de los cargos de Director Territorial.

Con respecto a la pregunta de si se pueden realizar la entrevista y publicación de resultados, se estima viable que INCODER adelante las diferentes etapas del proceso de selección y publique los resultados de las mismas.

Frente a la pregunta de si se puede nombrar y dar posesión a la persona elegida por el Gobernador respectivo, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado, esta Dirección considera que le corresponderá a la Administración analizar en cada caso en concreto si se cumplen las condiciones de que posibiliten la provisión del cargo, esto es, que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Es decir, la administración deberá justificar la imprescindible necesidad de proveer el empleo, dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, en caso de que las funciones del mismo no puedan encargarse o asignarse a otro empleado de la entidad.

Frente a las vacantes que se produjeron antes del término de la prohibición consagrada en la Ley de Garantías Electorales, se sugiere que se adelanten los procesos de selección respetivos, de manera que los nombramientos puedan efectuarse después de celebrada la elección presidencial en primera vuelta o segunda vuelta, si es del caso.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ De conformidad con el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política de Colombia, es atribución de los gobernadores: *"13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley"*.

² En esta oportunidad, el actor estimó que las normas acusadas violan los artículos 305-13 y 287-2 de la Constitución Política, porque con ellas se desconoce la atribución que tiene el Gobernador de "escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley" y la autonomía de que gozan las entidades territoriales que se traduce, entre otras cosas, en el derecho de "ejercer las competencias que les correspondan".

³ Al respecto, específicamente en esta sentencia se sostuvo que "la intervención del gobernador para escoger a dichos funcionarios, obedece más que todo a la idea de participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos, antes que a un fenómeno de subordinación jerárquica de aquéllos a éstos."

⁴ Ese principio ha sido usado por esta Corte, para interpretar la Constitución, por ejemplo en la sentencia C-024 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime), al resolver una aparente antinomia entre las cláusulas permanentes de la Constitución, y sus disposiciones transitorias. La misma regla hermenéutica ha sido usada también para interpretar por ejemplo los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, y así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4. Consideración 64. También la ha usado esta Corte para interpretar las normas infraconstitucionales, por ejemplo en la sentencia T-007 de 2009 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Del mismo modo, esa regla es reconocida por la doctrina y la jurisprudencia extranjera,

especialmente al momento de interpretar la Constitución. Ver, al respecto: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: *La argumentación en la justicia constitucional*, Bogotá, Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 349 y ss.

⁵ MP. Antonio Barrera Carbonell (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

⁶ Sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell) (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

⁷ MP. Antonio Barrera Carbonell (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

⁸ Sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell) (AV. José Gregorio Hernández Galindo).

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:04:11