

**AFECTACIÓN EN CONTRATACIÓN Y FUNCIÓN PÚBLICA POR ELECCIONES
ATÍPICAS EN LOS ENTES TERRITORIALES EN VIGENCIA DE LA LEY DE
GARANTÍAS**



YURI ESPERANZA RODRÍGUEZ ABRIL

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

DIRECTOR

DR. HÉCTOR FERNANDO CASTRO ALARCÓN

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D. C.**

Tabla de Contenido

1	Introducción.....	4
2	Planteamiento del Problema	5
3	Justificación.....	6
3.1	Pregunta de Investigación	7
4	Objetivos.....	7
4.1	Objetivo General	7
4.2	Objetivos Específicos.....	8
5	Marco Referencial	8
5.1	Marco Teórico.....	10
5.2	Marco Conceptual	14
5.3	Marco Histórico.....	27
5.3.1	Antecedentes históricos del sistema electoral y elecciones	27
5.3.2	Antecedentes contratación en Colombia.....	29
5.3.3	Antecedentes función pública en Colombia	31
5.3.4	Antecedentes con la Ley de garantías.....	32
5.4	Marco Legal/Jurídico, de la Contratación en Colombia	33
6	Afectación a la Administración Pública en Procesos de Contratación con Elecciones Atípicas.....	35
7	Restricciones Normativas con Ley de Garantías.....	46
8	Conclusiones.....	49
9	Referencias	51

AFECTACIÓN EN CONTRATACIÓN Y FUNCIÓN PÚBLICA POR ELECCIONES ATÍPICAS EN LOS ENTES TERRITORIALES EN VIGENCIA DE LA LEY DE GARANTÍAS

Resumen

Este trabajo pretende identificar los inconvenientes que se presentan en la administración pública de los entes territoriales cuando, por diversos motivos, se llama a elecciones atípicas y estas convergen con la vigencia de la ley de garantías. El mandatario elegido y posesionado tiene que cumplir con un programa de gobierno, pero si encuentra la nómina completamente ocupada, teniendo en cuenta la vigencia de la ley de garantías, no puede disponer de la designación de funcionarios de confianza, como los de libre nombramiento y remoción. Para demostrar esto, la presente investigación se apoya en el método cualitativo, con el cual se busca la causa de la situación expuesta, mediante entrevistas a personas afectadas con esta circunstancia jurídica.

Palabra clave: elecciones atípicas, voto programático, empleado público, ley de garantías, contrato estatal.

Abstract

The present work aims to identify the inconveniences that occur in the public administration, of the territorial entities when, for various reasons, atypical elections are called and these converge with the validity of the guarantee law, in addition to the above, the elected and appointed president, has to comply with a government program, but finds the payroll completely occupied and taking into account the validity of the guarantee law, it cannot have the appointment of trusted officials, such as those of free appointment and removal. To demonstrate the above, the research is based on the qualitative method, with which the cause of said situation is sought, through interviews with people directly affected by this legal situation.

Key words: atypical elections, programmatic vote, public employee, guarantee law, state contract.

1 Introducción

La finalidad de este trabajo es investigar los efectos de la contratación en la función pública cuando se realizan elecciones atípicas y estas coinciden con la ley de garantías. Cuando se pasa de investigaciones a sanción de funcionarios se abre la posibilidad de llamar a elecciones atípicas, en las cuales se nombran nuevos dirigentes políticos. En algunas oportunidades, estas elecciones coinciden con ley de garantías, de modo que cuando los nuevos dirigentes llegan a ocupar sus respectivos cargos se encuentran con que la contratación y la designación de funcionarios, en su mayoría, se encuentra en ejecución; a esto se le agrega que posiblemente la persona que llegue a ocupar el cargo sea de un partido diferente al del gobernante anterior, lo cual genera discrepancias entre quienes ostentan los cargos, por lo que el nuevo dirigente político queda sin mayor rango de acción.

Como se muestra a lo largo del trabajo, las personas que son elegidas para gobernar pretenden cumplir un programa de gobierno, el cual está integrado con una serie de políticas, propósitos y proyectos con los que se han comprometido a lo largo de su campaña. Es importante aclarar que, si bien las elecciones son atípicas, el dirigente político realiza una campaña que incluye un programa de gobierno con metas fijadas. Para ocupar estos cargos, el candidato se debe ganar la confianza del elector, lo que requiere que el nuevo mandatario se comprometa a mejorar, recuperar e incluso a iniciar obras que su antecesor no realizó; sin embargo, en su ejercicio esto es casi imposible si su antecesor ha dejado los empleos en ocupación absoluta.

Con el fin de lograr un buen gobierno, quienes acompañan al nuevo dirigente, en especial su gabinete, deben ser de confianza; además, algunos contratos cuentan con pólizas de cumplimiento, y si no se cumple con lo establecido en el contrato pueden ser ejecutados. Esto tiene que ver con los contratos en general, pero hay funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, quienes ejercen labores de manejo y confianza, en su mayoría son de direcciones, jefes de departamento, secretarios de despacho, de gerencias, entre otros. En caso de que el nuevo mandatario llegue y encuentre estos empleos ocupados, según la Jurisprudencia debe acudir a la declaratoria de insubsistencia del cargo, la remoción de este y/o la renuncia protocolaria emitida por el funcionario.

Los dirigentes suelen acudir a esta última como la primera opción, pero en algunos casos, como se expone más adelante, son renuentes a presentarla y por ello recurren a la declaración de insubsistencia o revocatoria de los actos de nombramiento, pero en algunas oportunidades se encuentran con el inconveniente que para poder utilizar la figura descrita tiene que ser justificado, pues, si bien el acto no debe ser motivado, sí debe existir justificación del motivo por el cual se declara la insubsistencia, cabe señalar que hay excepciones jurisprudenciales que no permiten la realización de estos actos, pero aunado a lo anterior en algunas oportunidades se encuentra en vigencia la ley de garantías, la cual impide la celebración de contratos, convenios, nombramientos entre otros y mientras ocurre todo el proceso el dirigente queda suspendido en el tiempo, sin poder ejecutar los proyectos planteados en campaña, lo cual afecta la función pública.

2 Planteamiento del Problema

Durante los últimos años se ha evidenciado que los gobernantes destituidos han aumentado considerablemente, al punto que muchos de ellos no alcanzan a culminar el periodo para el cual han sido elegidos, debido a los problemas de corrupción que afronta el país. Pese a esto, el Consejo Nacional Electoral, basado en la normatividad para este tipo de situaciones y considerando el tiempo faltante para la terminación del periodo, decide convocar a elecciones atípicas; para ello, indica a los candidatos que van a postularse que obedezcan y reúnan los requisitos constitucionales y legales para desempeñarse como alcaldes o gobernadores.

Una vez elegidos, los nuevos gobernantes ocupan los cargos mencionados, pero tienen el inconveniente de no poder trabajar con la gente de su confianza, pues no los puede nombrar o le está vedado celebrar contratos para cumplir su programa de gobierno, y esto por coincidir, en muchas oportunidades, con el proceso electoral de elección del congreso o del presidente. Por tal razón, es imperativo acatar la Ley 996 de 2004, llamada Ley de Garantías, que les prohíbe hacer estos nombramientos o celebrar estos contratos.

En ese punto se plantea el problema jurídico, teniendo en cuenta que se limita la descentralización territorial y la autonomía de los entes territoriales, generada por un mandato legal que les impide a los nuevos mandatarios ejercer plenamente sus funciones,

especialmente las nominadoras y las de contratación. Aunado a esto, como se evidencia en la entrevista con Puentes (2021), el mandatario debe sortear con diversas situaciones, entre ellas que el periodo para el cual fue elegido es corto, pero fue escogido con base en un programa de gobierno al que debe dar cabal cumplimiento.

3 Justificación

La motivación para indagar sobre este tema fue el creciente número de investigaciones y posteriores destituciones por distintos delitos de varios mandatarios en el país, lo cual llevó a que se diera aplicación a las elecciones atípicas. Además, surgieron dudas respecto de la forma como se estaba manejando la contratación y la designación de funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Las elecciones atípicas no son frecuentes, y para que tengan lugar debe existir una causa justificada. Aquí es preciso mencionar lo establecido en la Ley 136 de 1994, en el Artículo 98, las causas que originan la falta absoluta son: muerte, interdicción judicial, incapacidad permanente, destitución, renuncia aceptada, declaratoria de nulidad, incapacidad mayor a 180 días y revocatoria del mandato. En aplicación de la ley citada es necesario realizar elecciones atípicas.

En los últimos tiempos ha aumentado considerablemente la aplicación de la elección atípica, por lo que han surgido inconvenientes en la administración y el manejo de la función pública, pues cuando se posesionan los nuevos mandatarios se encuentran con varias dificultades, entre ellas una nómina al 100 %. Según entrevista realizada al Dr. Leonardo Puentes, ex alcalde de la ciudad de Yopal-Casanare, el gabinete se encontraba en 100 % de ocupación, es decir, la administración anterior había dejado establecida toda la contratación y la designación de funcionarios (Puentes, 2021).

Constitucionalmente existe protección tanto para el elegido como para el electorado, así que se busca la protección al voto programático, de ahí la importancia de configurar un gabinete de confianza que le otorgue la posibilidad al nuevo mandatario de cumplir con el programa inscrito de gobierno.

3.1 Pregunta de Investigación

¿Cómo afecta el ejercicio de la contratación y función pública a los alcaldes y gobernadores, en vigencia de la Ley 994 de 2004, llamada Ley de Garantías, en el cumplimiento de su programa de gobierno, cuando estos funcionarios públicos son elegidos en elecciones atípicas o son nombrados por el Presidente de la República o el respectivo gobernador, según la Constitución Política y/o a ley?

Cabe mencionar que, aunque algunos académicos y doctrinantes han estudiado los temas como las elecciones atípicas y la ley de garantías, pero lo han hecho de manera separada, es decir, han individualizado cada tema, ninguno ha planteado en conjunto ni han expuesto el problema que se presenta en los mandatarios elegidos atípicamente respecto a la contratación y/o nombramiento de su gabinete, con vigencia de la ley de garantías. Aunque en años anteriores se han incrementado las destituciones de los dirigentes elegidos mediante voto popular, y los nuevos elegidos han tenido que sortear diversos inconvenientes en tema de contratación y designación de funcionarios, hasta el momento no se ha estudiado de fondo el tema cuando las elecciones atípicas coinciden con la ley de garantías, ni siquiera se ha emitido una sentencia por parte de las autoridades competentes, así que no se ha escalado esta problemática.

Esta situación únicamente se ha tratado mediante concepto del Consejo de Estado, y fue solo por petición del Ministerio de Justicia y la Procuraduría General, por el caso sui generis presentado con el Dr. René Leonardo Puentes, alcalde elegido mediante elecciones atípicas para la ciudad de Yopal.

4 Objetivos

4.1 Objetivo General

Establecer el grado de afectación en la administración pública de departamentos y municipios, por no tener en el ordenamiento jurídico una herramienta que permita a los mandatarios elegidos en elecciones no convencionales disponer plenamente de sus facultades legales en la contratación estatal, así como de su facultad nominadora para designar a sus funcionarios de confianza, cuando estas coincidan con la ley de garantías.

4.2 Objetivos Específicos

- Identificar la posible alternativa de nombramiento de los funcionarios de confianza por parte de los mandatarios elegidos en elecciones atípicas, sin afectar los derechos de los empleados públicos nombrados por los mandatarios anteriores.
- Determinar el alcance de las limitaciones en la contratación estatal en virtud de la Ley de Garantías, en cumplimiento del programa de gobierno del mandatario elegido en elecciones atípicas.
- Determinar la afectación en el cumplimiento del programa de gobierno generado por los funcionarios de confianza y dirección nombrados por la administración anterior, así como los contratistas que celebraron contratos con esa administración.

5 Marco Referencial

Para comprender el contexto que circunscribe esta investigación se llevó a cabo un trabajo de campo, el cual consistió en la entrevista realizada a Puentes (2021); también se realizó un barrido documental, basado en artículos de periódicos, revistas, estadísticas de autoridades reguladoras, como el Consejo Nacional Electoral, que indica el aumento creciente de casos de destituciones e inhabilidades en cargos de elección popular, como el caso de los gobernadores y alcaldes.

El comportamiento del ser humano va muy ligado al ejercicio de la función pública y, por consiguiente, se debe especificar que cuando aquellas personas que son elegidas popularmente realizan actos, hechos y/o comportamientos en contra del ejercicio propio de sus funciones, es necesario que los entes reguladores y de autoridad emitan una sanción. Como explicó la Corporación Transparencia por Colombia (2007), los análisis sobre criminalidad suelen referirse a delitos violentos y sexuales; empero, otro tipo como los económicos también dañan significativamente a la sociedad, tomando en cuenta que la corrupción es un fenómeno que se extiende cada vez más, al punto de esconderse hasta que ciudadanos, empresarios, gobiernos y justicia no lo detecten.

Según Ragagnin (2005), las estadísticas criminales evidencian la situación real y su distribución de la delincuencia, aún menos de los delitos cometidos por personas vinculadas al poder. Las personas que cometen delitos económicos, informáticos, fraudes, celebraciones indebidas de contratos, etc., poseen características establecidas en el imaginario colectivo, pero esto se ha tratado poco en Colombia desde la psicología jurídica. La criminalidad de cuello blanco tiene dificultades, como un alto índice de subregistro estadístico; se le denomina cifra dorada de la criminalidad, mientras que, a la criminalidad común de los poderosos, que está oculta, se le llama cifra parda de criminalidad, pues los autores se ocultan de la justicia gracias al poder que tienen (Restrepo, 2001). La concepción “delincuencia de cuello blanco” hace énfasis en que el crimen no se limita a la clase baja, sino que se extiende a esferas de alto status social, para los abogados, lo que en realidad determina la denominación es un grupo de delitos conexos.

Siguiendo a Green (1997), las características para determinar qué delitos serían de cuello blanco son ausencia de violencia, beneficios económicos, ocultación, etc. Algunos estudiosos han determinado que los delitos de cuello blanco son fraude, declaraciones falsas, perjurio, obstrucción de la justicia, soborno y extorsión. En esta línea, ciertas culturas aceptan conductas punibles, que conllevan la introyección de esa conducta; así, algunos significantes pueden dejar rastros mediante los lazos sociales, los cuales permiten definir la corrupción de diferentes formas, como abusar de la autoridad pública para tener un beneficio privado (Misas et al., 2005).

Asimismo, Misas et al. (2005) manifestaron que el significado de corrupción depende de la opinión pública, pues se enfoca en el concepto de comportamiento. También consideraron que son actos de corrupción aquellos que violan un deber posicional y tienen una normatividad como referencia, por lo que puede ser económica, política, jurídica o ética. Según Reyes como se citó en Restrepo (2001), es probable que la profesión fomente las conductas inapropiadas, por ejemplo, delitos económicos pueden ser cometidos por profesionales de las ciencias económicas.

Sobre el modus operandi, Misas et al. (2005) afirmaron que, con la revisión de casos colombianos como Dragacol y otros, se hallaron dos tipos de modus operandi: primero, políticos locales con nivel escolar bajo, poca experiencia financiera y sin relación con la élite

del poder, los cuales celebran contratos indebidos, por ejemplo, y no son investigados; otros con nivel educativo alto, experiencia financiera y ligados a la élite del poder, que suelen recurrir a subalternos para la firma de documentos incriminatorios.

Ahora bien, con base en lo anterior se tiene un segundo inconveniente de tipo jurídico. Aunque estas personas reciben su sanción por los hechos cometidos, las administraciones son las más perjudicadas porque quedan con vacíos de orden jurídico-laboral. Las investigaciones en Colombia pueden llegar a ser muy demoradas, debido a varios factores, como pueden ser, el monto del trabajo impuesto a cada uno de los organismos y sus dependencias, los trámites burocráticos, entre otros. Pese a esto, algunos pronunciamientos por estas autoridades se ejecutan durante el periodo de elección ordinaria de esos mandatarios, lo cual conlleva a una serie de acciones de tipo jurídico y legal, entre las cuales están nombramientos y contratos que pueden ser establecidos por periodos determinados, y en oportunidades van hasta el final del mandato.

5.1 Marco Teórico

Desde la Constitución Política de 1886 y la del 1991, con la desconcentración de poder y la delegación de esta última, se encuentra que en materia de contratación se produjeron cambios, entre ellos que se organizó tanto la función pública como la contratación administrativa y se hizo la designación de funcionarios. La Constitución de 1991 pone de manifiesto que la función administrativa está dispuesta para servir al Estado y a la comunidad, la cual es regida, según el artículo 209, por estos principios: economía, igualdad, celeridad, moralidad, economía, imparcialidad, publicidad, etc. En este sentido, las autoridades tienen el deber de direccionar su proceder con el fin de alcanzar los propósitos o fines del Estado. Así, la administración pública está obligada a someterse al orden jurídico.

De acuerdo con lo expuesto, desde la constituyente de 1991 se estableció la función administrativa y, dentro de esta, algunos fundamentos bases de la actividad administrativa estatal; el primero de ellos se refiere a los intereses generales a los que apunta el Art. 209. Este fundamento ha generado una serie de situaciones que se enuncian a continuación.

La primera situación consiste en definir la existencia de una unidad en los conceptos interés general, público, nacional, común, etc. A partir de las coyunturas históricas e

ideológicas se considera, en algunos momentos, que los términos se asemejan, aunque en otras ocasiones difieren. La segunda situación consiste en definir si los intereses generales pueden considerarse como nociones naturales (que existen por sí mismos) o artificiales (construidos por el legislador). En el tercer momento es necesario plantear si estos se pueden considerar inmanentes o trascendentes a los intereses de carácter particular, si se vinculan de manera estrecha. La última situación por evaluar es si la definición de dichos intereses puede ser moldeada por las leyes o algún ente estatal.

Adicionalmente, es primordial determinar la inmanencia o la trascendencia de los intereses generales en relación con los particulares. Partiendo de esto se generan tres paradigmas correspondientes a diversos estadios ideológicos, el primero manifiesta que ambos intereses se corresponden en cierta medida, lo cual ha sido trabajado por diversas ideologías.

El segundo paradigma expresa que los dos intereses van por caminos separados. Esta separación se da de cuatro formas: 1) son diferentes, pero no se contradicen, puesto que llegan a armonizar de manera espontánea; 2) dicha armonía se genera desde procesos sociales, ya sea porque concuerdan, por un proceso de utilidad o por una voluntad manifiesta de la comunidad; 3) los intereses particulares no llegan a una armonía para conformar el interés general, sino que este impera por parte de un ente político que muestra una superioridad ante los individuos; 4) los intereses no armonizan, pero conviven, por lo que el derecho es necesario como forma de plantear los límites y generar un equilibrio.

Por último, el tercer paradigma afirma que el interés general tiene un carácter trascendente (corresponde al interés público), mientras que el interés particular (interés general) presenta una característica inmanente. Esta separación conlleva unas consecuencias jurídicas relevantes, por ejemplo, si se genera un conflicto en el que se inmiscuyan intereses generales y particulares, el interés público prevalece si se parte de este; en cambio, cuando se parte de los intereses generales, ambos intereses deben evaluarse para decidir.

Ahora bien, en Colombia, la Corte Constitucional se refirió a la desconcentración administrativa, y ha planteado el proceso en que se trasladan las competencias entre sujetos jurídicos. Esto evidencia un elemento impreciso, el cual apunta a que este tipo de procesos se dan al interior de un mismo ente de derecho público. Como se aprecia en la Constitución

de 1991, ello no se expone de ese modo, sino que suele ser el caso común, aunque se puede contemplar que el traslado de competencias se realiza entre sujetos jurídicos (Sentencia C-727, 2000). En este orden es importante precisar que, si bien hay una desconcentración de poder, siempre existe una vigilancia por los entes de control para garantizar el cabal cumplimiento de los deberes y las obligaciones correspondientes a los elegidos por voto popular.

Por otro lado, en el sistema colombiano, la Constitución Política (1991) se toma como un pilar jurídico, de modo que tiene la facultad de sustituir las leyes como fuente primaria, la cual es regida por la Corte Constitucional. Esta moldea la normativa a partir de ciertos parámetros clave, a saber: prevalencia de derechos fundamentales y principios, naturaleza social, descentralización política, etc. (Restrepo y Betancur, 2020).

Es preciso mencionar que existe un paradigma judicial nuevo, en el que los principios ya no son normas con índole auxiliar, sino que se consideran fundamentos de la actividad administrativa. De esta manera, los contratos públicos están dispuestos en función de unos lineamientos que hacen que el vínculo sea más dinámico entre lo dispuesto en la Constitución y los servicios públicos, a la par que aquel que se encuentra entre el carácter prevalente propio del interés público y la “garantía de derechos y oportunidades para contratistas en particular” (Restrepo y Betancur, 2020, p. 105).

También es preciso considerar que los fundamentos de los contratos públicos están planteados en la legislación de manera detallada; sin embargo, esta no es hermética, pues siempre son bienvenidos diferentes elementos o aspectos que posibiliten que la administración tenga un incremento en los niveles de pluralidad, transparencia, igualdad y demás elementos que conlleven a un mayor control de lo público y confianza en ello. En caso contrario, se limitarían las oportunidades y las descisiones acerca la contratación de los puestos públicos (Restrepo y Betancur, 2020).

En este punto se debe considerar que, para el desarrollo del este trabajo, se necesita conocer el sistema normativo colombiano en cuanto a estructura, contenido y naturaleza, cómo la planeación condiciona a la contratación pública en Colombia (Restrepo y Betancur, 2020). En la legislación colombiana no existen las herramientas o la norma jurídica específica que lleve a encontrar la solución a los imprevistos que se han presentado sobre la contratación

de los empleados o trabajadores en las dependencias, ya sea de las gobernaciones o alcaldías que han tenido que pasar por este tipo de elección. En el país, la contratación estatal se encuentra dentro del marco normativo de la Ley 80 de 1993 y de ahí se generan una serie de principios y fines que deben ser respetados por los mandatarios.

El Artículo 3 de la ley citada, sobre los fines de la contratación estatal, estipula que el servidor público debe considerar que, al celebrar y ejecutar contratos, se busca cumplir los fines estatales, prestar eficientemente los servicios públicos y efectividad en los derechos e intereses de los administrados. El particular debe celebrar y ejecutar contratos con entidades estatales que ayuden a conseguir los fines y les otorga obligaciones. En Colombia, según la Constitución y la Ley, la contratación estatal está sometida a principios basilares, como se expone en el artículo 209 de la Constitución Política: la función administrativa debe servir a los intereses generales y basarse en los principios establecidos en la Constitución; además, coordinar sus actos para cumplir los fines estatales.

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deben relacionar sus actuaciones y obligaciones con la legislación sobre contratación estatal. Por ende, debe considerarse especialmente lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la ley mencionada, donde se habla de la reciprocidad entre países sobre ofertas nacionales, tratamiento y preferencia de estas. De otra parte, se encuentra la responsabilidad de los candidatos cuando hacen la inscripción de candidatura, la cual se realiza con un programa de gobierno, que es la oportunidad para manifestar que los electores ejercen su voto con base en ese programa. De ahí la importancia de hacer referencia al voto programático, situación que está planamente establecida en la Constitución y la ley; no obstante, lo anterior fue ratificado mediante concepto emitido de Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

El voto programático es un mecanismo de participación ciudadana, una forma de controlar a los mandatarios, una expresión de la soberanía y la democracia del pueblo. Además, le da responsabilidad a alcaldes y gobernadores, por lo que deben presentar cualquier novedad de los planes de desarrollo a asambleas y concejos, para alinear esto con el programa político establecido en campaña electoral, que debe ser divulgado para dar cuenta de ello a los ciudadanos. No cumplir con dicho programa puede llevar a la revocatoria del mandato, de manera que el gobernante cuente con personas de confianza para cumplirlo,

que pueden ser secretarios de gobierno y jefes de departamento (Auto N.º 11001-03-06-000-2019-00187-00 de 2020).

De acuerdo con lo anterior, es necesario que el gobernante elegido tenga empleados de confianza que le brinden garantías para el cumplimiento en la ejecución del programa; sin embargo, en vigencia de la Ley de garantías (Ley 996 de 2005), no puede realizar ningún tipo de contratación. Esta excepción genera tensión entre ciertas normas, pues mediante la Ley 996 de 2005 y dicha prohibición se pretende proteger la democracia, la igualdad entre candidatos, la transparencia y la moral administrativa. Empero, tal restricción, en un caso como el de un alcalde elegido y posesionado durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales limita las responsabilidades legales del mandatario electo y dificulta las acciones para llevar a cabo el programa de gobierno.

Otras normas afectadas es la Constitución, específicamente el artículo 40 sobre el derecho de elegir y ser elegido; el artículo 259 sobre voto programático; el artículo 311 que el municipio es la entidad fundamental de la organización del Estado; el artículo 315 que les otorga derecho a los alcaldes de nombrar y remover funcionarios.

5.2 Marco Conceptual

En este apartado se delimita el concepto de organización y se aborda a partir de su idea primera. Desde sus inicios, el ser humano ha estado envuelto en circunstancias que lo han llevado constantemente a la necesidad de cooperar con sus semejantes, con el propósito de salvaguardar sus ideales o alcanzar sus metas. Por ello, la organización se concibe como una agrupación de sujetos que trabajan, más o menos, de manera constante para llegar a un objetivo colectivo (Universidad de las Américas Puebla [UDLAP], s.f.).

Aplicando lo anterior al contexto de esta investigación, el mandatario elegido debe cumplir unos requisitos, entre ellos, desempeñar a cabalidad el mandato encomendado, con los principios de la Constitución y la ley; además de ejecutar el programa de gobierno que propuso. Para que el gobernante cumpla con todo esto es necesario que las personas que conformen su gabinete sean de su entera confianza y trabajen acorde con su idea de gobierno. Antes de entrar en detalles sobre la contratación y la designación de funcionarios, a continuación, se presentan los tipos de elecciones que se celebran en Colombia.

- **Elecciones generales**

La Constitución de 1991 señala que Colombia es un Estado democrático, lo que significa que el poder político proviene de la ciudadanía, por lo que todos pueden participar de ello, y usar los mecanismos de participación ciudadana. En las elecciones generales se eligen por voto popular al Presidente y Vicepresidente, los Senadores y Representantes a la Cámara, que pueden pertenecer a curules ordinarias; especiales étnicas (indígena, afrodescendiente y raizal); colombianos en el exterior; por el partido otorgado a las FARC-EP; otorgadas a candidatos a presidencia y vicepresidencia que ocupen segundo puesto; circunscripción especial para la paz. Esto se celebra cada cuatro años en años pares. Las elecciones para Congreso se convocan el segundo domingo de marzo, y las de presidencia y vicepresidencia el último domingo de mayo.

- **Elecciones ordinarias**

Estas se realizan periódicamente en las fechas determinadas por la Constitución y la Ley, en estas la ciudadanía elige gobernadores, alcaldes, concejales, diputados y ediles, para cuatro años; todo en la misma fecha, a diferencia de las generales, y son convocadas para el último domingo de octubre. A partir de la reforma constitucional de 2002, se llevan a cabo cada cuatro años, empezando en 2003. Esto sin perjuicio de las elecciones atípicas por vacancia de gobernador o alcalde, si faltan más de 18 meses para terminar mandato; si falta menos, el presidente, el alcalde o el gobernador nombrará por encargo.

- **Elecciones atípicas**

Son aquellas que deben cumplirse sin seguir el calendario electoral establecido, pues es imperante elegir a un gobernador o alcalde que tome el lugar, por el tiempo restante (cuando faltan más de 18 meses para terminar el periodo correspondiente), de algún mandatario que ha dejado vacante su cargo de manera definitiva. Este tipo de elecciones suceden por diferentes motivos, los cuales se contemplan en la Ley 136 de 1994: que el mandatario haya muerto, renunciado; esté incapacitado física y definitivamente; su elección sea anulada; por interdicción judicial; que haya sido destituido, revocado de su puesto o que esté incapacitado por enfermedad durante más de 180 días (Revista Zeta, s.f.).

En Colombia, este tipo de elecciones solo son procedentes en el caso de alcaldes o gobernadores cuyo periodo de gobierno es de cuatro años, los demás funcionarios que son

elegidos por voto popular no se rigen con esta medida (diputados, concejales y ediles), a menos que gane el voto en blanco en sus respectivas elecciones. Cabe añadir que la Constitución de 1991, en su artículo 125, expuso que los periodos de los cargos de elección tienen una naturaleza institucional; es decir, los cargos de periodo fijo no son personales, sino institucionales, así que los mandatarios elegidos en elecciones atípicas deben cumplir con la totalidad del periodo restante del cargo al que llegan (La Patria, 2013).

En este orden de ideas, cuando son designados están obligados a seguir instrucciones de sus electores; mientras que en el mandato representativo no hay temas vedados para funcionarios, quienes siguen su propia conciencia. Mandato libre quiere decir que el representante pertenece a toda la nación y no solo a quienes lo eligieron.

La perspectiva en la que se desarrolla el presente trabajo de grado, que busca cumplir con las cargas que implica ejercer la función pública, requiere trabajar en equipo; es por eso por lo que las personas que trabajan con los gobernantes deben ser de confianza y elegidos por ellos mismos, a fin de obtener mejores resultados en el ejercicio de la función pública. Desde otro enfoque, Hellriegel et al. (1999) manifestaron que organización es diseñar puestos individuales, departamentos en la organización y procesos de integración que permiten alcanzar metas

Con referencia al caso a tratar, es pertinente mencionar que el trabajo en equipo en las Entidades Estatales debe ser permanente, de tal forma que sea posible alcanzar las metas establecidas en los planes de gobierno propuestos. Teniendo esto en cuenta, se hace necesario relacionar las precisiones que se exponen a continuación.

- **Función pública**

Se denomina así la suma de principios y normativas que regulan el régimen jurídico al que están sometidas de las personas naturales que se vinculan a la administración pública por medio de una situación legal estatutarias, denominados por regla general empleados públicos, con los que el Estado desarrolla sus actividades dirigidas a cumplir los fines del Estado, la prestación de los servicios público y los cometidos estatales.

Como fundamentación constitucional de la función pública, el Artículo 122 de la Constitución (1991) consagra que los empleos públicos deben estar previstos en la ley o el

reglamento correspondiente; además, si los empleos son remunerados, es necesario que el presupuesto sea contemplado previamente. También prevé que el servidor público jure llevar a cumplimiento y defensa lo estipulado por la Carta Magna, al igual que las obligaciones que se le han encargado. Dicho artículo añade que el trabajador debe manifestar, bajo juramento, el valor de sus bienes y su renta antes, durante y cuando sea requerido. Esta información se emplea en caso de ser necesario, según la aplicación de las regulaciones del servidor público.

De manera similar, la Constitución Política colombiana (1991) ha establecido ciertos casos en los que un ciudadano no puede ser seleccionado en un cargo de elección popular, ser vinculado, como servidor público, ni celebrar contratos con los entes públicos, es decir con la administración pública. Entre estos casos se cita: Haber cometido un delito de lesa humanidad o acto asociado al narcotráfico, ya sea al interior o al exterior del país; o haber cometido una conducta dolosa o gravemente culposa mientras obraba como servidor público, quienes dieron lugar a declaratoria de caducidad, a menos que asuma el daño causado con su patrimonio.

No obstante, en una de sus modificaciones, la Constitución (1991) añadió que los excombatientes de grupos delincuenciales que hayan dejado las armas y se sometan algún acuerdo de paz con la nación o a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), tienen la posibilidad de presentarse o ser contratados como funcionario público, siempre que no hayan cometido algún delito posterior al acuerdo o a su desmovilización ni se encuentren privados de su libertad. Este mismo precepto se les atribuye a los integrantes de la Fuerza Pública que se sometan a la JEP, en tanto que no vaya en contra de lo expuesto por la Ley 1820 de 2016; sin embargo, con el objetivo de salvaguardar a la nación y evitar la repetición de estos actos, aquellos sujetos sancionados por violaciones de derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario (DIH) tendrán prohibido integrarse a alguna entidad de seguridad o defensa de la nación, a la Rama Judicial ni a sus organismos de control.

Es importante manifestar que existen patentes diferencias entre la Carta Magna de 1886 y la de 1991, en cuanto a la función y el servicio público, la carrera y la función administrativa. Pese a esto, es posible señalar un elemento semejante en ambas constituciones, y es que no se incluye ninguna disposición que construya un concepto legal o un reglamento que vincule al trabajador público con los cuadros de la administración

(Martínez y Ramírez, 2008). Igualmente, es preciso considerar que la Constitución colombiana (1991) ha planteado como regla general la necesidad de pertenecer a la carrera administrativa, es decir, ingresar, ascender y permanecer por méritos en el servicio.

Los empleados públicos se seleccionan mediante concurso público, por lo general, pues deben ser de carrera, por excepción son de libre nombramiento y remoción. Naturalmente esta exigencia del concurso público no se aplica cuando se trata de un cargo de elección. También se pueden tomar como excepciones algunos casos en que los trabajadores oficiales u otros que sean señalados por la normativa se elijan por libre nombramiento o remoción (Martínez y Ramírez, 2008).

A partir del planteamiento de Flórez et al. (2019), la función pública se define como el servicio y el cumplimiento de los propósitos del Estado, desde una serie de actividades de carácter administrativo, en las que participan diferentes elementos, como el capital, el factor humano y la legislación correspondiente. Al vincular el factor humano con la función pública se evidencia el deber que tiene el servidor público de cumplir con los propósitos del Estado. En este caso, es ilógico que un empleado público realice todas sus funciones, pero responsabilice al Estado por incumplir el artículo segundo de la Carta Magna (1991), ya sea por acción u omisión, de manera dolosa o culposa.

En tal sentido, se entiende que cuando una persona natural cumple funciones públicas, independientemente de su vinculación laboral, tiene el objetivo de velar por los intereses que el Estado se ha planteado en la Constitución. Si las dinámicas en el sector público funcionaran según lo estipulado y el trabajador se concentrará en el cumplimiento de las metas, en vez de seguir unas funciones de forma subjetiva, la nación se salvaguardaría en mayor medida. Así pues, se comprende la función del Artículo 90 de la Carta Magna (1991), donde el Estado se responsabiliza por aquellos actos que incumplan los objetivos trazados en la Constitución (Flórez et al., 2019).

Considerando lo anterior, cabe señalar que los mandatarios locales elegidos son servidores públicos que deben cumplir con la Constitución y la Ley, incluyendo su programa de gobierno, de ahí la importancia de que ejerza su mandato con la ayuda de un gabinete que le genere confianza, tranquilidad y estabilidad en la ejecución de sus propuestas y proyectos de gobierno, siempre que no sean contrarias a las normativas a las que debe estar sujeto.

- **Contratación estatal**

El Estatuto Contractual, Ley 80 de 1993 y normas complementarias, de adición o modificación, está dado para reglar las diferentes actividades, actuaciones y principios de los procedimientos que se llevan a cabo por las entidades estatales (las cuales buscan cumplir los fines estatales), que están dirigidas a la celebración de un contrato. Dicha contratación debe cumplir con las exigencias en el Derecho Privado, Ley Civil y Ley Comercial, como lo expresa la Ley 80 (1993), y las especificidades de un contrato con la administración, como cuando se ejecuta cierta obra o se presta un servicio público. Ahora bien, la contratación estatal es la consecuencia de una actuación administrativa, por lo que es necesario que participe un ente del Estado que ejerza una función de carácter público. (Bahamón, 2018).

- **Contratación:**

La contratación administrativa se entiende como un engranaje utilizado por la administración pública, con el objeto de cumplir con un porcentaje de las labores de las que no se puede hacer cargo (Equipo Beedigital, 2019). Estos se pueden realizar a partir de diferentes aspectos que son regulados por la normativa colombiana sobre la administración pública. Se debe mencionar que para que un contrato administrativo tenga validez, es menester que cumpla con los siguientes requisitos:

1) **Consentimiento de las dos partes:** tanto la Administración como la persona natural o jurídica deben estar libres de cualquier vicio de consentimiento, entre ellos el error, la fuerza o el dolo. El primero se entiende como un concepto errado de la realidad y puede dividirse en varios tipos:

- Error sobre un punto de derecho.
- Error de hecho sobre la especie del acto u objeto.
- Error sobre la persona (Morales, 2021).

El segundo, la fuerza, hace referencia a la acción de ejercer presión, ya sea de tipo moral o física, a fin de que un sujeto perfeccione un acto jurídico. Cabe añadir que, en este caso, no se entiende que el consentimiento ha sido viciado, a menos que produzca una impresión de mayor impacto en el sujeto. Finalmente, el dolo se relaciona con el comportamiento que, intencionadamente, infiere o provoca cierto daño, con el propósito de viciar el consentimiento (Rico, 2021).

- 2) **Capacidad:** se trata de la capacidad de una persona para ser titular de derecho y obligaciones; en este sentido, posibilita la creación, la transformación o la extinción de relaciones jurídicas, voluntaria o autónomamente (Fandiño, 2014). Sumado a esto, la capacidad jurídica se vincula de manera estrecha con la voluntad y se supedita de forma directa con el deseo o la pretensión de llevar a cabo una acción específica. Así, se relaciona con la habilidad que tiene el sujeto de decidir libremente, sin imposiciones (Chavarro, 2012). Por último, se destaca que esta capacidad nace con el sujeto, cuando sale del vientre de su madre (Ley 57, 1887, art. 90).

Con base en lo anterior se destaca lo establecido en el Código Civil, Art. 1502, el cual manifiesta que se requieren ciertas condiciones para que un ser se imponga a otro por un acto o una declaración de su voluntad: 1) debe ser capaz a los ojos de la jurisdicción; 2) acto o declaración, o sea, que su aprobación sea patente y no adolezca de vicio; 3) que su actuar repercuta a un objeto lícito; 4) que posea una causa lícita. Entonces, legar se refiere a la competencia de un sujeto a obligarse, sin que otro se lo demande o autorice.

- 3) **Competencia:** la Administración tiene la obligación de emplear el ente específico para llevar a cabo el contrato, ya sean los alcaldes o los gobernadores correspondientes, entre otros. Es allí, donde empieza la afectación a la función pública, toda vez que los gobernantes elegidos en elecciones atípicas, cuando ha transcurrido un tiempo considerable de la dirección anterior, encuentran todos los contratos con actas de inicio.
- 4) **Objeto:** en este concepto se agrupan todas las responsabilidades que se han establecido mediante un contrato y tienen que ver con dar, hacer o abstener. Por ello, deben presentar algunas cualidades, como tener un carácter real, viable, lícito, concreto y adecuado, sin que sea necesario hacer otro contrato entre las partes (Enciclopedia Jurídica, 2020).
- 5) **Causa:** es el motivo base del contrato; en el caso administrativo, la causa es el interés público (Equipo Beedigital, 2019), que cobra mayor relevancia en comparación con la del Derecho Privado, pues un sujeto está en función de otro por su carácter de servidor público.

Siguiendo este orden de ideas se mencionan los medios de selección del contratista en la Contratación Estatal en Colombia; con el fin de revisarlos se debe tener en cuenta la legislación que regula la contratación estatal, de la cual se destacan: Constitución Política, Estatutos anteriores, Decretos Ley 150 de 1976 y 222 de 1983, Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decreto Ley 0019 de 2012, Leyes 1474 de 2012, 1682 de 2016, 1882 de 2018, 2014 de 2019 y Decreto Reglamentario 1082 de 2015. En este punto es pertinente realizar un acercamiento a algunas nociones relacionadas con esto.

- **Licitación pública:** esta modalidad de selección, de conformidad con la Ley 1150, es la regla general para la selección del contratista en los contratos estatales. Esto se hace con la intención de que el Estado tenga un panorama amplio de propuestas, de modo que pueda seleccionar según parámetros de calidad, precio y favorabilidad para la entidad contratante, lo cual se encuentra regulado por el Art. 30 de la Ley 80 del 93. Este proceso se puede llevar a cabo a nivel nacional e internacional (Nación Invisible, 2016).
- **Selección abreviada:** es una forma de abordar la decisión por uno u otro contratista, en casos en los que (ya sea por las cualidades del contrato, las particularidades en el proceso, la cantidad o el propósito del bien) sea posible hacer una evaluación objetiva para volverlo un proceso más simple. Para ello, según la Ley 1150 (2007), deben considerarse ciertas causantes: que sea un procedimiento simplificado de selección, por los términos más breves, o que pueda pretermitir alguna actividad y limitar el número de participantes. Igualmente, la Ley 1150, en su Art. 2, Núm. 2, indica las causales de selección abreviada.
- **Concurso de méritos:** proceso establecido para escoger consultores o proyectos, a partir de un sistema de concurso abierto o de una precalificación llevada a cabo con una convocatoria pública. Esta última permite establecer un listado preciso de ofertas, en el que se puedan evaluar diferentes aspectos, según el caso, como la experiencia previa, las habilidades, entre otros elementos. Cabe señalar que, dependiendo de lo manifestado por la reglamentación, las propuestas pueden ser enviadas anónimamente para ser evaluadas (Ley 1150 de 2007, art. 2, num. 3). La regla general es que en concurso de méritos se cumplan casi todas las actividades y las exigencias

establecidas para la licitación pública, más otras específicas de este medio de selección fijadas por los reglamentos.

- **Contratación directa:** de acuerdo con la Ley 1150 (2007), una contratación directa se realiza únicamente en las causales establecidas en su Art. 2, Núm. 4, so pena de incurrir en celebración indebida de contratos si se aplica a otros contratos o circunstancias no previstas en la norma citada; sin embargo, a pesar de que el representante legal selecciona al contratista sin acudir a un procedimiento riguroso de selección, sí debe cumplir y respetar los principios de la contratación, por lo que debe escoger al proveedor que tenga la oferta más favorable para la organización pública respectiva.
- **Mínima cuantía:** es un método sencillo y rápido para elegir contratista en la adquisición de bienes, obras y servicios con valor que no exceda el 10 % de la menor cuantía de las entidades Estatales; es menos formal que las demás y tiene características especiales. Las reglas sobre esta modalidad se consagran en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Entre tanto, en la entrevista con Puentes (2021), el señor ex alcalde de la ciudad de Yopal, expresó que cuando fue elegido se encontró en la Ley de Garantías, en la cual se establecen un cúmulo de prohibiciones; también afirmó que, en relación con la ley, el mandatario elegido no tiene mayor rango de acción, toda vez que para la fecha en que fue elegido no existía excepción alguna para la aplicación de esta. Esto conlleva a citar la Ley 996 de 2005 que pretende establecer un marco legal tomado en cuenta por el presidente en debate electoral, cuando quiera reelegirse o el vicepresidente quiera postularse como presidente, para asegurar que las condiciones de todos los candidatos sean iguales, y se regula la participación en política de trabajadores públicos.

Sobre esta base, es importante mencionar que la finalidad de la Ley citada es la transparencia en el proceso electoral en manejo de recursos públicos; especialmente, se resalta que esta ley manifiesta que cualquier organismo del Estado tiene prohibido hacer algún tipo de convenio o contratación interadministrativa referentes a la ejecución de recursos públicos, cuatro meses antes de elecciones, independientemente de su índole. Esta restricción cobija a todas las entidades estatales, sin discriminar; no obstante, se pueden

realizar otro tipo de procesos de contratación, como la contratación directa, pero esto no debe implicar hacer convenios o contrataciones interadministrativas para la ejecución de recursos públicos. Según la Ley 2159 de 2021, artículo 124, para reactivar la economía y generar empleo, con esta ley, se pueden celebrar convenios interadministrativos con los entes territoriales para ejecutar planes sobre el Presupuesto de la Nación.

A partir de este artículo queda suspendido el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, durante la vigencia fiscal del año 2022. Cabe señalar que el artículo citado no ha sido derogado en su totalidad, únicamente fue suspendido en ese inciso, y queda suspendido durante el año fiscal 2022. Esto significa que, terminado el año fiscal, de no existir una ley que derogue o reforme la Ley 996 de 2005, esta seguirá vigente en el tiempo.

En años anteriores, la Procuraduría General de la Nación (Circular 7 de 2019), a través de circulares, recordó las siguientes prohibiciones a los servidores públicos: 1) que se participe, se promuevan o destinen recursos que tengan un carácter público de los entes encargados en congregaciones proselitistas o para su realización; 2) que se participe, se promuevan o destinen recursos que tengan un carácter público de los entes a los que haga parte de la junta de directores en congregaciones proselitistas o para su realización; 3) hacer la inauguración a una obra de carácter público o iniciar un programa social en congregaciones en los que sea patente la participación de un candidato de cualquier tipo de elección o sus voceros; 4) que se apruebe que los inmuebles o muebles públicos sean empleados en actividades proselitistas o se usen a favor de transportar o alojar candidatos o voceros; y 5) que se cambie la nómina establecida para el organismo correspondiente.

De igual forma, la Ley 996 (2005) expuso que los empleados públicos tienen censuradas ciertas conductas: 1) tener actitudes que muestren un acoso o presión hacia sus subordinados, a fin de manifestar su apoyo ante alguna campaña o situación política; 2) que se difunda propaganda electoral que exponga una posición frente a algún partido, movimiento u otro de índole político, en medios públicos que no sean permitidos; 3) demostrar un favoritismo, a partir de beneficios o ascensos injustificados a sus partidarios, lo cual va en contra de los principios de las contratación por concurso; 4) prometer algún bien derivado del ejercicio de la administración pública a la comunidad, con el propósito de ejercer una

influencia en su voto; 4) justificarse con motivos de “buen servicio” para despidos (Circular 7 de 2019).

Algunos legisladores, teniendo en cuenta estas restricciones dirigidas a proteger la pulcritud en los procesos electorales y el patrimonio público, han presentado el Proyecto de Ley 032 de 2020, que busca modificar la ley de garantías electorales; según sus ponentes, ya no existe la reelección presidencial, pues es innecesaria en los gobiernos locales y departamentales, por lo cual se debe aplicar el principio de buena fe (artículo 83, C.P.) en las decisiones que tomen dichos gobernantes. Pese a esto, y considerando el estatuto anticorrupción, la transparencia en la contratación se puede mejorar con algunas modificaciones, como en los casos que trata el presente escrito, toda vez que los mandatarios necesiten conformar sus equipos de trabajo para cumplir con sus planes de gobierno.

En tal sentido, acerca de los inconvenientes presentados a los mandatarios locales, en lo atinente a la contratación estatal y designación de cargos, se debe resaltar una forma de contratación: libre nombramiento y remoción, la cual consiste en que una persona que ha de ocupar un empleo sobre dirección y manejo puede ser nombrada o desvinculada por quien tenga la facultad; pero cuando la Ley de garantías está en vigor, los mandatarios deben abstenerse de realizar dicha designación y/o remoción. Esto hace necesario explicar brevemente de qué se trata esta forma de designación de empleo.

- **Empleos de libre nombramiento y remoción**

De acuerdo con la Ley 909 de 2004, los empleos que obedezcan a criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción, para lo cual se hace un nombramiento ordinario. El libre nombramiento y remoción significa que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza puede ser nombrada y desvinculada por quien tenga la facultad, como alcaldes, gobernadores, ministros, etc.

No obstante, lo anterior, en el caso estudiado se encuentra que, en algunas oportunidades, las elecciones atípicas coinciden con la Ley de garantías y los mandatarios elegidos quedan sin poder desvincular a los empleados nombrados por la administración anterior en cargos de libre nombramiento y remoción, por lo que no son de su confianza para gobernar y cumplir con su programa.

En este orden, y en consideración de la designación realizada por la administración anterior (que se encuentra respaldada jurídicamente), según lo establecido en la Ley 909 de 2004 acerca del tipo de nombramientos de los empleados públicos.

Libre nombramiento y remoción: corresponde a criterios de conducción, dirección y orientación, que al adoptarse implican adoptar ciertas políticas. En el artículo 23 de la mencionada ley se establece que los nombramientos serán ordinarios, sin perjuicio de lo que disponga la norma acerca de carreras especiales. En ese sentido, los empleos que obedezcan a los otros criterios señalados en el artículo 5 de la ley en mención tienen naturaleza de libre nombramiento y remoción.

Aunque los cargos de confianza, dirección y manejo son de libre nombramiento y remoción, es apropiado recordar que la Corte Constitucional estableció que la Constitución prevé los empleos públicos de este tipo. En comparación con los empleos de carrera, donde el empleador tiene voluntad para decidir, mientras no sean decisiones arbitrarias para desviar el poder, en los de libre nombramiento el empleador puede designar a quien considere idóneo par al trabajo. Cuando no son idóneos, el Estado le autoriza al empleador reemplazar por otra persona más capaz y eficiente.

Es de mencionar que las supresiones de estos cargos no suponen indemnizaciones, a diferencia de los de carrera (Sentencia C-540 de 1998). Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció manifestando que la remoción de este tipo de empleos no necesita un motivo particular y tiene un carácter discrecional. No obstante, por su naturaleza, el último elemento supone que se llegue a un consenso, en el que se contemplen las razones para tomar la decisión, se mantenga una postura justa y mesurada, y se procure el beneficio de la comunidad. En este sentido, como una medida para restringir este instrumento, la jurisprudencia estableció los siguientes límites: 1) debe haber una normatividad que incluya expresamente la discrecionalidad (Sentencia 01507, 2018); 2) su ejercicio debe adecuarse a los propósitos de la norma que autoriza (Sentencia 01507, 2018); 3) la decisión debe ser proporcional a los hechos de causa (Sentencia 01507, 2018).

A partir de lo expuesto, es posible determinar que, si bien la Constitución y la Ley facultan al mandatario para remover de manera discrecional a los empleados públicos nombrados mediante la figura de libre nombramiento y remoción, es evidente que existen

restricciones. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si los mandatarios elegidos de manera extemporánea por medio de la figura de elecciones atípicas, y si está en vigor una ley de garantías que impida el libre desarrollo y disposición de los cargos mencionados, es difícil que el mandatario disponga de tales empleos.

La Ley 996 de 2005, en su artículo 38, inciso final, dispone que la nómina de la entidad no puede modificarse dentro de los 4 meses anteriores a elecciones, de modo que el recién posesionado no puede disponer de estos cargos, por lo que se dan demoras en el plan de gobierno.:

Aunado a lo anterior, la Ley de garantías va encaminada a la protección del electorado para que la contratación o el nombramiento no influya en el favorecimiento de un candidato en particular, lo que restringe la modificación en la nómina cuatro meses antes de elecciones presidenciales. El investigador manifiesta que está de acuerdo con esta ley, pero debería existir una excepción para los casos de elección atípica, toda vez que la ley no puede ser contradictoria; es decir, por una parte, no puede exigir el cumplimiento del mandato basado en el programa de gobierno expuesto en la contienda electoral, y por otro restringir el rango de acción en cuanto al nombramiento del gabinete. Debe tenerse en cuenta que para realizar los programas de gobierno se debe contar con un equipo que cumpla ciertas características y, en especial, que esté conformado por personas de confianza e idóneas, quienes cumplan a cabalidad con las funciones asignadas.

Los empleados de libre nombramiento y remoción no tienen iguales garantías que los de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos por la Administración. Si bien esto se encuentra establecido en la ley, no es del todo cierto que los cargos sean removidos libremente, considerando que la norma menciona que, así como son nombrados también son removidos; sin embargo, no es menos cierto que dicha remoción debe cumplir con unos requisitos establecidos vía jurisprudencial (Consejo de Estado, Sentencia 01754 de 2018).

Con base en lo anterior, si bien la ley faculta al empleador a disponer de dichos cargos sin condiciones específicas, para poder realizar la remoción es importante que cumpla con requisitos, pero si a esta situación se agrega que los mandatarios elegidos de manera atípica se encuentran en vigencia de la Ley de garantías, no pueden realizar ninguna maniobra jurídica en procura de disponer de dichos cargos.

En el sentido de la Ley 909 de 2004 se vislumbra que, para remover del cargo a un empleado de libre nombramiento y remoción, solo se requiere la intención del nominador, de modo que no es necesario un acto debidamente motivado. Además, la jurisprudencia de las altas Cortes ha evidenciado que esta precisión no es coercitiva y que permite una interpretación subjetiva. Dicha ley contiene algunos vacíos, los cuales han sido estudiados y debatidos en sala, pues no se tienen excepciones tipificadas en la aplicación de esta, debido a casos específicos en los que un funcionario vinculado por este medio ha podido reclamar ante la Jurisdicción, ya sea al instaurar acciones de tutela y/o iniciar procesos contenciosos contra las entidades empleadoras, y que se le ha brindado protección a los derechos incoados por su remoción inmotivada, teniendo como características especiales que el actor sea una persona discapacitada, mujer en estado de embarazo o un sujeto en condición pre pensionado; solo estos casos cuentan con excepciones reconocidas vía jurisprudencial.

A raíz de estas acciones incoadas se han puesto en evidencia algunos vacíos normativos, los cuales generaban inseguridad jurídica respecto al tema, especialmente sobre los pre pensionados de libre nombramiento y remoción, lo cual fue resuelto por la Corte Constitucional en Sentencia SU-003 de 2018.

En ese orden de ideas se evidencia que el mandatario elegido de manera atípica está en una situación compleja, pues cuando toma posesión de su cargo se encuentra con la nómina completa y, aunque la ley lo faculta para realizar la remoción de dichos cargos, debe tener en cuenta la jurisprudencia para no verse implicado en investigaciones posteriores que afecten su vida a nivel político y judicial; además, es necesario realizar estudios subjetivos de cada empleado, los cuales requieren de un tiempo que es bastante limitado. Cabe recalcar que estos mandatarios han sido elegidos por periodos cortos (18 meses antes de terminar el mandato, en algunos casos), y sus antecesores han estado en esos cargos por periodos iguales o superiores para los que fueron elegidos los actuales.

5.3 Marco Histórico

5.3.1 Antecedentes históricos del sistema electoral y elecciones

En Colombia, aunque en el siglo XIX se dieron varias Constituciones, la forma del modelo político se dio por el régimen republicano y conservó la división de poderes. En ese

sentido, las provincias tuvieron un desarrollo del poder local autónomo, hasta que se eclipsaron con las guerras civiles. Al asociarse con el partido conservador y aprobar la Constitución centralista de 1886, que fue sustituida por Constitución de 1991 (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013).

Colombia es el único país de América Latina que tiene una historia electoral ininterrumpida desde que se hizo nación independiente en 1830. Después del proceso de la Independencia, el país debió responsabilizarse por su organización institucional. Posterior a la secesión de Venezuela y Ecuador, la Constitución de 1832 debió resolver a quiénes debía considerarse nacionales, para saber quién podía ejercer actividades electorales; los esclavos, que eran mayoría, no fueron considerados. En esta Constitución, para ejercer el derecho al voto no bastaba con ser ciudadano, se debía ser hombre mayor de edad (21 años), casado y poseer propiedades.

Una etapa crucial empezó en 1886, con la redacción de una Constitución conservadora y centralista, que declaró ciudadanos a hombres colombianos mayores de 21 años con profesión u oficio; sin embargo, esto no era suficiente para votar, pues debían saber leer y escribir, tener ingresos anuales mayores a 500 pesos o propiedades con costos mayores a 1500 pesos. Así, las elecciones eran indirectas para presidente y senadores, y directas para concejales, diputados y representantes a la Cámara.

Tal como afirmó Bobbio (1986), las sociedades modernas pretenden encontrar los medios idóneos para pasar a un modelo de organización política con una democracia formal más real, la democracia política se extiende a la sociedad y la representativa se complementa con mecanismos de democracia directa. Se pretende complementar los dos modelos - democracia representativa y directa-, con el uso del sistema representativo y la incorporación de las ventajas de la participación ciudadana, lo que estructura la base de la democracia participativa.

La historia posibilita saber del pasado para comprender el presente, es importante aprovechar los beneficios que nos han otorgado las personas que han ostentado el poder en Colombia. Es de resaltar que la importancia de los antecedentes históricos del proceso electoral y las elecciones, radica en recordar la lucha que se ha tenido en Colombia, para

poder votar, de ahí que deba ejercer de manera apropiada, participativa, promoviendo siempre la construcción de un mejor futuro.

5.3.2 Antecedentes contratación en Colombia

La Ley 19 de 1982, sobre contratación pública, brinda al ejecutivo facultades extraordinarias para desarrollarla, en ejercicio de las cuales se expidió el Decreto 222 de 1983, que, en su artículo 16, indicó cuáles son los contratos administrativos, considerando de derecho privado los demás. Además, estableció como sistemas de selección del contratista las licitaciones pública y privada, el concurso de méritos y la contratación directa. Para los contratos instauró el uso obligatorio de cláusulas exorbitantes del derecho común, caducidad administrativa de interpretación, modificación y terminación unilateral, la pecuniaria y las multas. Además, clasificó los contratos así:

- **Administrativos**

1. Concesión de servicios públicos
2. Obras públicas
3. Prestación de servicios
4. Suministros
5. Interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Explotación de bienes del Estado.
7. Empréstito
8. Créditos celebrados por la compañía de fomento cinematográfico.
9. Conducción de correos y asociación para prestación de correo aéreo.
10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y organismos internacionales, con entidades colombianas cuando no se les considere como tratados internacionales.

- **Privados de la administración con cláusula de caducidad**

Son contratos con cláusula de caducidad, la cual es pactada, dado que su inclusión es obligatoria, excepto en contratos de compraventa de bienes muebles, de empréstito e interadministrativos. Contener la cláusula de caducidad establece que su conocimiento esté en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa.

- **Contratos privados de la administración**

Estos contratos son los de compraventa de bienes muebles y de empréstito, cuyas controversias estarían en cabeza de la jurisdicción ordinaria.

- **Régimen contractual de los departamentos y municipios**

Se estipula que se ajustarán a las reglas del contrato administrativo en cuanto a tipos, clasificación, efectos, responsabilidades, terminación y principios generales; por lo tanto, dichas entidades territoriales podían expedir con autonomía, en sus códigos fiscales o en norma especial, disposiciones para la selección adjudicación y el perfeccionamiento del contrato.

- **Entidades descentralizadas de orden nacional**

Se instauró un procedimiento de contratación para entidades descentralizadas, en desarrollo de la autonomía administrativa, a través del cual podían expedir sus propios reglamentos internos. Por ende, se creó un procedimiento propio para las superintendencias. En 1993 se creó el tercer estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, donde se consagró el término de entidades estatales; se generalizó la denominación de contratos para llamarlos estatales; tomó importancia el concepto de servicio público y se mencionaron los principios del equilibrio económico-financiero del contrato y la ecuación contractual. También se habló del régimen de exorbitancia y se generalizó el procedimiento de selección del contratista mediante licitación o concurso público. Así pues, se trata del régimen de inhabilidades e incompatibilidades más amplio y llega al régimen de responsabilidades y asimila al contratista, los asesores interventores y demás actores de la contratación con los servidores públicos cuando cumplen funciones administrativas.

Por primera vez, se trajo el registro único de proponentes regulado por las cámaras de comercio; se adjudicó la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el control jurisdiccional de litigios que nacieran de la celebración y la ejecución de contratos de la administración; introdujo las uniones temporales y la promesa de asociación futura; consagró regímenes especiales, como las telecomunicaciones, por ejemplo.

Aunado a lo anterior, se creó la Ley 909 del 2004, que regula el sistema de empleo público y establece principios básicos para controlar la gerencia pública. Las personas que

prestan servicios personales remunerados en los organismos y entidades de la administración pública conforman la función pública, la cual asegurará la atención y la satisfacción de los intereses generales de la comunidad. Según la Constitución Política y la ley, la función pública está conformada por 1) empleos públicos de carrera; 2) de libre nombramiento y remoción; 3) de periodo fijo y d) empleos temporales.

En 2007, mediante la Ley 1150 de 2007, se reformó el estatuto general hacia la modernización de la contratación pública, que incluye el sistema de selección abreviada, el concurso de méritos, en relación con los contratos de consultoría, y aclara el concepto de contratación directa. Asimismo, creó el sistema de subasta inversa, desarrolló el sistema electrónico para contratación pública (SECOP), determina nuevos criterios de selección objetiva, requisitos de habilitación y factores ponderables, busca la publicación puntual de pliegos de condiciones, documentos previos, etc., para someterlos al público y formular así observaciones, hace obligatoria la audiencia pública para licitación, determina los términos para liquidar contratos, somete contratos estatales a normatividad de la función administrativa y de gestión fiscal, en especial las entidades del Estado, permite multar, y acredita que el contratista está al día con los aportes parafiscales sobre sistema social integrado.

5.3.3 Antecedentes función pública en Colombia

Tal como se explicó en la Función Pública (2015), en 1958 surgió el Departamento Administrativo de la Función pública, para organizar el servicio civil, la carrera administrativa y administrar el talento humano. Su origen comienza en 1938, con la Ley 165, que crea la carrera administrativa para empleados nacionales, departamentales, etc. Para 1950, la Misión Currie determinó que era necesaria una reforma sobre modificación a la administración del Estado. En 1955, se sugirió crear el Departamento Administrativo del Servicio Civil, como dependiente de la presidencia. En 1957, por medio de Reforma Plebiscitaria, aprueba los informes de la Comisión de Reforma de la Administración y abre espacio para el trámite de la Ley 19 de 1958, por lo que se originan el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). En 1968 se expidió el Decreto 3057 para reestructurar el Departamento Administrativo del Servicio Civil y se creó el Fondo Nacional de Bienestar Social, encargado de administrar los

recursos económicos y financieros para ejecutar programas de Bienestar Social, adscrito a este y que fuera liquidado con el Decreto 2170 de 1992.

En 1992 surgió el Decreto 2169 y cambió el rol de la Función Pública, pues se le encargó la formulación de políticas y la asesoría sobre organizaciones y administración y gestión del talento humano al servicio del Estado. En 1998, con las Leyes 443 y 489, la Función Pública asumió otras responsabilidades, en especial, fortalecer su papel como asesor de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración de la carrera administrativa; y las asociadas con generación de políticas sobre control interno, racionalización de trámites, desarrollo administrativo, etc.

Para 2003, Colombia fue el primer país en asumir la introducción de los sistemas de gestión de la calidad; así, se expidió la Ley 872, para asesorar a las demás instituciones en la implementación de estos sistemas. Luego, en 2004 se expidió el Decreto 188 que consolidó la estructura administrativa actual de la Función Pública. De esa forma, se adoptó un modelo integral de empleo público, al articularlo en estos componentes: planificación de empleo, gestión de relaciones humanas y sociales, gestión de desarrollo, gestión de empleo, gestión de desempeño, entre otros.

La Función Pública, asimismo, asumió la responsabilidad de ser fuente jurídica y doctrinaria en cuanto a empleo público, organización y funcionamiento de la administración pública, lo que se materializó con el Decreto 264 del 31 de enero de 2007. Por último, a través del Decreto 3715 de 2010, se modificó su estructura para separar la coordinación y el desarrollo de las funciones misionales y de apoyo centrado en la Dirección, de modo que surgió la Secretaría General y se cambiaron las funciones de la Subdirección. Actualmente, Función Pública es la entidad estratégica, técnica y transversal del Gobierno que ayuda al bienestar de los colombianos, por medio de la gestión de los servidores públicos y las instituciones en la nación.

5.3.4 Antecedentes de la Ley de garantías

La instauración de la reelección inmediata del presidente necesitaba de una ley para regular las garantías electorales, por lo que se creó la Ley 996 de 2005. A través del Acto Legislativo 02 de 2004 se derogó la prohibición constitucional absoluta de reelección del

presidente y la permitió para un solo periodo más; también permitió la reelección del vicepresidente y se le prohibió a este ser candidato para el periodo en que el presidente pretendiera ser reelegido. El Acto Legislativo 02 de 2004 determinó como norma transitoria la expedición inmediata, por parte del Congreso o el Consejo de Estado, de un régimen de garantías que garantizara igualdad entre candidatos a la presidencia, lo que fue declarado inexecutable en Sentencia C-1153 de 2005, por darle atribuciones legislativas al Consejo de Estado, al pertenecer a la rama judicial.

Por otro lado, la Ley 996 de 2005 tiene como fin establecer el marco legal para el debate electoral a la presidencia, cuando el presidente aspirara a reelegirse, cuando el vicepresidente aspire a elección presidencial, de modo que se garanticen las igualdades de condiciones para todos los candidatos. Si bien esta ley fue creada con base en la reelección presidencial, figura que ya no se encuentra vigente, produce un efecto positivo en materia de contratación, puesto que, de cierta manera, blinda el tema de la contratación en Colombia, lo cual, en teoría, genera un ambiente de transparencia.

5.4 Marco Legal/Jurídico, de la Contratación en Colombia

En la Constitución Política que está en vigor se consagra “la estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos determinados en normas laborales” (Art. 53). Por ello, el nuevo mandatario elegido en elecciones atípicas debe respetar los derechos de los empleados de libre nombramiento y remoción que hayan llegado a la administración con los mandatarios anteriores. En la Carta Constitucional (1991), el trabajo se concibe como un engranaje sustancial en la maquinaria que compone el Estado Social de Derecho; como se sugiere en su preámbulo y en varios de sus artículos (1, 2, 25, 34, 39, 53, 55, 56, 64), el trabajo es un derecho y un deber con la sociedad (Sentencia C-521, 1995).

Por tal motivo, la Carta responsabiliza al gobierno para salvaguardarlo; por consiguiente, se fomenta un contexto socioeconómico idóneo para propiciar una oferta laboral que beneficie a los ciudadanos; también se dispone de la legislación pertinente para garantizar que se den relaciones laborales íntegras y honestas, por lo cual se plantean unas bases que buscan reducir posibles atropellos que se escuden en otras normas o principios. Sumado a esto, dicha normativa debe velar por que haya equidad en la distribución de las

oportunidades y las ganancias, con el objeto de que incremente la calidad de vida de los colombianos (Sentencia C-521, 1995).

Así pues, es posible afirmar que la Carta Magna es la norma principal que salvaguarda el derecho al trabajo, independientemente de las características en las que se dé o las condiciones que conformen el contrato laboral. En este orden de ideas, contempla un conjunto de disposiciones que buscan establecer cierta equidad en el ambiente laboral, en aras de mantener la justicia y la igualdad, a la vez que pretende mantener algunas garantías mínimas para grupos que se consideren vulnerables (Sentencia C-521, 1995). Pese a que los empleados públicos no celebran contrato de trabajo, debido a que están vinculados por una situación legal estatutaria, son beneficiarios de la protección especial que tienen todos los trabajadores, pues que sean empleados públicos no invalida su calidad de trabajador.

En 1993 se expidió la Ley 80 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública). Después, en 1995 se emitió la Ley 190 (complementaria de la citada Ley 80 de 1993, sobre normas para preservar el carácter moral en la Administración pública). Hacia 1995 se emitió el Decreto 2150, que eliminó y reformó normas y procedimientos de la Administración Pública. En el 2000 se emitió la Ley 598 (que originó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, el Catálogo Único de Bienes y Servicios y el Registro Único de Precios de Referencia, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública).

Para el 2002 se promulgó la Ley 734, en la cual se establece un Código Disciplinario en materia de contratación; sin embargo, es importante destacar que esta norma fue derogada hasta el 1° de julio de 2021, a causa de la Ley 1952 de 2019 (Art. 265). Más adelante, en 2005, se expidió la Ley 996, cuyo objeto es determinar un marco legal que sea tenido en cuenta cuando el presidente de Colombia esté en pleno debate electoral, cuando busque ser reelegido o el vicepresidente tenga la intención de postularse como presidente de la Nación; esto con el fin de asegurar que las condiciones para todos los candidatos sean las mismas y que recojan las cualidades manifestadas en la Constitución. Además, se regula que los trabajadores públicos participen en la política.

En 2007 se promulgó la Ley 1150, sobre medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993. En 2011 se publicó la Ley 1437 (Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Por último, en 2013 se promulgó el Decreto 1510, que reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

En consideración de lo anterior se evidencia que todo el compendio normativo se enmarca en lo reglado por parte de la Constitución. En lo referente a la función pública, la carrera administrativa y el servicio público se aprecia una característica en común, la cual consiste en que en la Constitución de 1991 no se incluye precepto que le defina, jerárquicamente, las normas o los criterios jurídicos para elaborar las nociones legales o reglamentarias de empleado público y de trabajador oficial como servidores vinculados a la administración.

Desde luego, esto no corresponde a ningún juicio sobre la Constitución de 1991, sino que solo comporta una reflexión dogmática. No obstante, llama la atención que al mandatario se le exige el cumplimiento del voto programático; no en vano existe la revocatoria del mandato, la cual deriva en la potestad del pueblo, emanada del principio de despojar del cargo a quienes ha escogido como representantes.

Cuando el mandato es imperativo, las personas designadas para cargos en cuerpos deliberativos deben acatar instrucciones de sus electores. En esto se diferencia del mandato libre, donde siguen los dictámenes de sus conciencias.

6 Afectación a la Administración Pública en Procesos de Contratación con Elecciones Atípicas

Cada cuatro años, los colombianos eligen a “32 Gobernadores, 1123 Alcaldes, 418 Diputados, 12 065 Concejales y 6 700 Ediles” (Cabezas, 2015, párr. 1), quienes gobiernan y administran los diferentes departamentos, distritos y municipios. Las últimas elecciones fueron en el periodo 2020-2023, pero por diversos problemas (corrupción, homicidios, secuestros, problemas de salud y muertes por enfermedad, entre otros) algunos alcaldes y gobernadores han sido destituidos, han renunciado o han fallecido, siendo todas causales de faltas absolutas, como las denomina la Constitución Política. La razón para convocar elecciones atípicas es que falten más de 18 meses para concluir el periodo del alcalde o el gobernador elegido en las elecciones normales; por ello, los nuevos mandatarios son elegidos de manera extemporánea.

Cabe resaltar que los alcaldes o gobernadores que incurrieron en faltas absolutas ya habían designado sus gabinetes y/o sus equipos de trabajo, así como otros funcionarios de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual los mandatarios que fueron elegidos en elecciones atípicas no tienen la confianza necesaria para encomendarles una labor específica, y tampoco pueden vincular más personal porque no deben salirse del presupuesto ni hacer uso de la facultad discrecional en los cargos de libre nombramiento y remoción celebrados con la Administración anterior; esto es así si está en vigor la Ley de garantías y demás situaciones que impiden establecer nuevos contratos.

Un ejemplo de esto es la afectación a la administración pública. En la entrevista realizada a Puentes (2021) manifestó que al finalizar el 2017, cuando debían hacer el plan de alimentación escolar (PAE), debido a que no podía realizar el respectivo nombramiento de su gabinete, decidió seguir trabajando con los funcionarios nombrados por su antecesor y dejó vencer los términos para presentar el proyecto, lo que trajo consigo implicaciones para la administración de su gobierno.

Acerca de los funcionarios que se pueden nombrar y remover libremente, la Sección segunda del Consejo de Estado expresó que si bien no se requiere motivación para declarar la insubsistencia (que podría ser una solución), sí deben considerarse los criterios que aluden a la razón, la proporción y al raciocinio. En 2017, algunas elecciones “atípicas” se celebraron en vigencia de la Ley de garantías, por ello, los mandatarios elegidos no pudieron hacer nombramientos ni contrataciones nuevas.

En este orden de ideas, existe una indeterminación sobre cómo manejar el tema contractual en gobernaciones y alcaldías para los mandatarios elegidos mediante elecciones atípicas. Uno de los propósitos de este trabajo es buscar la forma en que los nuevos mandatarios puedan nombrar a sus empleados de confianza, sin vulnerar los derechos de los funcionarios, independientemente de quién los nombró en el empleo público que desempeñan. Antes de resolver esto es importante desglosar algunos de los motivos por los que las personas elegidas de manera atípica (gobernadores-alcaldes) no gozan de una libertad de contratación:

- La Ley 996 (2005), también conocida como Ley de Garantías electorales, procura fomentar que la democracia representativa se ejerza de manera equitativa y honesta,

especialmente en las contiendas electorales y en relación con los electores. De este modo, busca que los funcionarios públicos que hacen parte del proceso, ya sea en su organización o monitoreo, sean neutros, a fin de que los candidatos y los electores empleen los recursos estatales equitativamente. Así, se espera manifestar la voluntad del pueblo, sin que se favorezca una perspectiva en particular. Por este motivo, la normativa plantea ciertos límites a los funcionarios públicos, esperando salvaguardar la equidad y la honestidad en su quehacer, mientras se desarrolla la contienda electoral y se evita algún tipo de apoyo expreso a un lado u otro de esta (El Nuevo Siglo, 2018).

Según el calendario electoral y la Circular 13474 de 2018, en ese año se celebraron las siguientes elecciones:

- 11 de marzo de 2018: para escoger a los integrantes del Senado y la Cámara de Representantes.
- 27 de mayo de 2018: para elegir al respectivo presidente y vicepresidente de Colombia. Como todos los postulados obtuvieron menos de la mitad y un voto se llevó a cabo segunda vuelta que tuvo lugar el 17 de junio de 2018. En esa oportunidad solo se consideraron los dos postulados que obtuvieron las votaciones con mayor cuantía.

En el caso de estudio, para los cargos de elección popular se debe tener en cuenta que las restricciones fueron desde el 11 de noviembre de 2017 hasta el momento en que escoge un presidente para la nación. Por su parte, los demás mandatarios tuvieron una serie de limitantes, de acuerdo con la Circular 13474 de 2018:

- No se pueden crear contrataciones interadministrativas para la ejecución de recursos públicos; tampoco es posible que participen, promuevan o destinen recursos con carácter público que sean propios de los organismos de los que se encargan o de los que hagan parte de su junta directiva en congregaciones proselitistas o para su realización.
- No deben hacer la inauguración a una obra de carácter público o iniciar un programa social en congregaciones en los que sea patente la participación de un candidato de cualquier tipo de elección o sus voceros.

- No deben permitir que se apruebe que los inmuebles o muebles públicos sean empleados en actividades proselitistas o se usen a favor de transportar o alojar candidatos o voceros.
- No es posible que se cambie la nómina establecida para el organismo correspondiente, a menos que haya una provisión de cargo, debido a faltas definitivas, por defunción o por renuncia irrevocable, o cuando son periodos de prueba.

Consecuente con lo anterior se debe hacer relevancia en las restricciones que impone la ley de Garantías:

- **A nivel territorial:** estas empiezan cuatro meses previo a las elecciones del Congreso; de modo que los diferentes mandatarios tienen prohibido hacer algún movimiento en cuanto a la vinculación del personal o cambio de nómina.
- **A nivel nacional:** estas empiezan cuatro meses previo a las elecciones del presidente y vicepresidente de la Nación; de modo que los organismos que componen la rama Ejecutiva, a nivel del territorio y de la Nación, tienen prohibido hacer algún movimiento en cuanto a vinculación del personal o cambio de nómina.

En este punto, es preciso recordar cuáles fueron las ciudades que eligieron nuevos alcaldes, mediante elecciones atípicas, en vigencia de la Ley 996 (2004):

- El 25 de noviembre de 2017 se hicieron las elecciones atípicas en el departamento de Casanare, Yopal, luego de la destitución de John Jairo Torres, alias “John Calzones”, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, en segunda instancia, lo condenó a 24 meses e inhabilitó para ejercer cargos públicos, por el delito por urbanizador ilegal.
- El 18 de abril de 2018, en Santa Catalina, en los corregimientos Pueblo Nuevo y Loma Arena, de Bolívar. Las elecciones se repitieron porque el Tribunal Administrativo de Bolívar anuló las elecciones para alcaldía de 2015, donde Salomón Castro Cantillo fue ganador, quien fue separado del cargo desde diciembre de 2017.

- El 6 de mayo de 2018 se hicieron elecciones atípicas en Cartagena, a fin de escoger otro alcalde. La Procuraduría General de la Nación, representada por Fernando Carrillo, dispuso que se interrumpiera de manera provisoria (tres meses) el mandato de Manuel Vicente Duque, a causa del derrumbamiento del edificio Portales de Blas de Lezo II. Según Carrillo, este hecho era una prueba latente de la negligencia y el poco control que Duque tenía frente a las construcciones ilegales (El Universal, 2017). Posterior a ello, el alcalde fue destituido y condenado.

Todas estas elecciones se llevaron a cabo en vigencia de la Ley de garantías, lo cual lleva a concluir que no se puede realizar ningún tipo de contratación y tienen la nómina restringida. En tal sentido se requiere estudiar alternativas para que los alcaldes y los gobernadores electos puedan disponer de la nómina y realizar los respectivos nombramientos, toda vez que las personas que ocupan dichos cargos fueron nombradas por las administraciones anteriores, así que no existe confianza legítima por parte de los mandatarios actuales, además de la afectación que puede tener la función pública.

Este tipo de procesos en los que se destituyen o inhabilitan los mandatarios se ha convertido en un escenario frecuente a lo largo del territorio; incluso es común que acontezcan en su periodo de elección. Aunque la legislación manifiesta que los gobernadores tienen un periodo de cuatro años, en la realidad, por diversos mecanismos estratégicos, suele verse reducido. De igual forma, a causa de los intereses por el poder y la corrupción, los mandatarios no son elegidos de manera justa y popular (Revista Semana, 2016).

De acuerdo con la Mesa de Observación Electoral (MOE), en las elecciones de 2015 había pruebas de delitos electorales contra más de 50 candidatos, y la semana anterior había 103 000 investigaciones contra candidatos postulantes. Al año siguiente, las investigaciones eran 1 259, de las cuales 1 015 eran contra funcionarios que recién se posesionaban (el 6 % de los electos) en los diferentes cargos de gobierno. Algunos de los delitos encontrados fueron “irregularidades administrativas y contractuales hasta lesiones personales. El uso indebido de bienes y el mal manejo de regalías y recursos públicos son los dos más frecuentes” (Revista Semana, 2016, párr. 4).

Posteriormente, la Procuraduría General de la Nación hizo un estudio acerca de las sanciones disciplinarias al respecto, donde se apreciaron cifras alarmantes. Los

departamentos con más sanciones contra alcaldes fueron Santander (194), Cundinamarca (178) y Boyacá (156); contra gobernadores, Caquetá (6), Casanare (6) y La Guajira (5). El caso más polémico es el de Casanare, localidad que ha contado con 12 gobernadores en menos de nueve años, cifra que no incluye a los encargados cuando los titulares no están presentes. El inicio de esta problemática se remonta a 1992, cuando su primer gobernador fue acusado por parapolítica; luego viene una fila de políticos y gobernadores encargados, con diferentes cargos o sanciones, entre ellas participar en política mientras fue alcalde, recibir financiación paramilitar, realizar contrataciones sin requerimientos legales o irregularidades en contratos (Revista Semana, 2016).

Como se ha planteado, este tipo de sanciones son frecuentes, por lo que las elecciones han dejado de ser el conducto común para llegar a este tipo de cargos. Ello, sin duda, afecta la credibilidad en el voto, que es la base de la democracia. Cabe recordar que ese fue el motivo por el que la Carta Magna (1991) determinó que los gobernadores debían ser escogidos por el pueblo y no por el presidente (Revista Semana, 2016).

Este desajuste causa daños desde una perspectiva política y en el desarrollo del territorio. Asimismo, estabiliza la comunicación entre los municipios y el departamento, pues hay un cambio constante de funcionarios. Por último, en el ámbito económico, este tipo de procesos puede representar unos 750 millones de pesos cada uno (Revista Semana, 2016). En este contexto, la única problemática no es la corrupción o una judicialización de la política. Al respecto, Novoa expuso que la normativa que establece la inhabilidad de un candidato puede tener vacíos o ser deficiente, pues no todos se encuentran en esa situación por corrupción (Revista Semana, 2016).

Un ejemplo de esto es Guido Echeverry, gobernador de Caldas, quien estuvo en una situación difícil de definir ante el Consejo de Estado, la cual pudo constarle el cargo. Cuando hizo posesión de este (2015-2019) se le demandó, arguyendo que su mandato era una reelección inmediata, pues ya había sido gobernador para 2012-2015. El mandatario apeló al señalar que su gobierno fue interrumpido en 2013, puesto que había sido inhabilitado por una cuestión relacionada con su cónyuge. Sobre esto, el Consejo de Estado manifestó, un año antes de su segunda posesión, que cuando había una elección atípica en medio de ambos

periodos de gobierno se podía postular nuevamente. Este tipo de imprecisiones hace que los entes encargados no lleguen a un consenso (Revista Semana, 2016).

A pesar del caso expuesto, Novoa insistió en que la corrupción aún es una fracción importante de la problemática, por lo cual es pertinente que los partidos políticos se inmiscuyan directamente en la solución de esta, que es común en todos (Revista Semana, 2016).

Todo ello quiere decir que la Ley de garantías ha resultado ser un inconveniente para los nuevos mandatarios, pues los gabinetes que se encuentran vigentes al momento de la posesión de los nuevos gobernantes son los que han dejado los políticos suspendidos; pero eso no significa que las personas que se encuentran en nómina no ejerzan su labor adecuadamente, aunque, en aras de garantizar un buen ejercicio de la función pública, es necesario que exista una confianza legítima entre los funcionarios y los recién posesionados dirigentes políticos.

Este panorama genera una contradicción que los nuevos mandatarios deben sortear, pues tienen el deber de cumplir su programa de gobierno y asegurar que se realice un servicio óptimo, pero no pueden realizarlo debido a dichas restricciones, las cuales cuentan con los mecanismos precisos para ello.

El Consejo de Estado estableció que todo cambio en la nómina de la alcaldía puede darse excepcionalmente y en casos donde apliquen normativas vinculadas con carreras de carácter administrativo, además de que se dé la provisión de cargos, derivada de una sucesión de faltas definitivas. De esa forma, el mandatario está obligado a justificar el nombramiento para cumplir con sus funciones públicas; además, no puede usarse un nombramiento para alterar la voluntad de los electores y secundar una causa o campaña.

Cabe resaltar que la Constitución Política, en su artículo 209, planteó que la función administrativa está supeditada a los intereses generales de la nación y se rige de modo que sea equitativa, moral, eficaz, preserve la economía, sea eficiente, imparcial y pública. Para ello, es preciso que sea un ente descentralizado, que haya una delegación constante de las tareas y que estas no se concentren en una misma autoridad. Asimismo, las autoridades que

hacen parte de esta deben dirigir su desempeño para alcanzar los propósitos de la nación idóneamente. Además, deberá regirse a partir de la normativa en su interior.

Teniendo en cuenta esta precisión normativa se debe verificar si a los mandatarios elegidos de manera atípica se les están entregando todas las herramientas necesarias. Como se evidencia en el artículo citado, la función pública está dispuesta a satisfacer el interés general o público; es decir, a los mandatarios se les deben dar todas las garantías administrativas y contractuales para que puedan ejercer su programa de gobierno adecuadamente.

Algunos parlamentarios han presentado propuestas para suprimir la Ley 996 (2005), a fin de que los mandatarios puedan disponer libremente de los recursos. Acerca de los periodos entre las autoridades regionales y locales, la propuesta sobre la unificación con el del presidente de la República surge en medio de la discusión.

Desde que volvió a darse en el I Congreso el debate sobre la necesidad de unificar los periodos entre las autoridades locales y regionales con el del presidente ha habido un consenso entre los sectores políticos. Empero, la discusión se quedado en la forma de materializar esto, en especial para no legislar en favor de alcaldes y gobernadores en ejercicio. En esa discusión se creó un nuevo proyecto de ley, promovido por el Centro Democrático, al considerar que, en consideración de las elecciones parlamentarias de Senado y Cámara, es preciso no detener la contratación pública para evitar que los departamentos y municipios se queden rezagados en la puesta en marcha de los proyectos de desarrollo e inversiones regionales.

De esa manera, se trata de suprimir la Ley de Garantías, para posibilitar que se reeligiera al presidente Álvaro Uribe. Esta norma se creó para evitar que los recursos estatales beneficiaran los propósitos del presidente en ejercicio. El propio expresidente lideró el proyecto radicado en el Congreso de la República para derogar la Ley de garantías.

Es importante manifestar que, según lo expresado por algunos congresistas, esta normativa restringe las opciones de ejecutar los recursos a cargo de los entes a nivel del territorio, en un momento en que el Estado requiere de una reactivación de la economía.

Tal como se evidencia en la Ley 2159 de 2021, en su Artículo 124, a fin de incentivar la reactivación económica del país luego de la pandemia, se modifica el inciso primero del párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, sobre la celebración de convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos sobre el presupuesto de la nación; sin embargo, hace una manifestación especial en el párrafo del citado artículo, y es que todos los convenios bajo el amparo de esta disposición tendrán un control especial de la Contraloría General; es decir, si bien dicho inciso se suspende de manera transitoria, debe estar regulada por un ente de control y vigilancia, cuya función principal es velar integralmente por la legalidad y la destinación que se otorgue en los convenios mencionados.

Ese párrafo solo se encuentra suspendido hasta el 31 de diciembre de 2022, pero los demás apartes del Artículo continúan vigentes, como se indica en el último inciso del artículo 38, el cual fue mencionado en apartados anteriores. Por tanto, se evidencia que para los mandatarios territoriales y departamentales dicha prohibición continúa vigente, por lo cual es necesario modificar la ley a título de excepción. Aunque la ley limita tanto a alcaldes como a gobernadores, desde ningún aspecto es justificable derogarla en su totalidad, basta con hacer una serie de ajustes acerca de las limitaciones al momento de contratar, sobre todo en lo referente a la Contratación directa y el giro de recursos públicos.

Teniendo en cuenta que el tema central del presente trabajo es la afectación a la función pública por el proceso de contratación en elecciones atípicas, a continuación, se exponen algunas precisiones.

- **Elecciones Atípicas**

Las elecciones atípicas son una situación que requiere una intervención urgente, pues no es justo ni honesto dejar ya sea un departamento o un municipio sin su respectivo representante, quien es elegido de manera popular al ejercer la democracia; además, la falta de control y vigilancia sobre las entidades que dependen de él también involucra una inseguridad jurídica y financiera. Es preciso recalcar que el giro de recursos del nivel central únicamente se realiza a los mandatarios que están plenamente establecidos; y, aunque se nombren funcionarios en encargo, estos no se encuentran autorizados en la ley para recibir,

distribuir y ejecutar dichos recursos, de ahí la importancia de que el pueblo elija al mandatario que desee.

Estas elecciones se convocan por diferentes motivos, los cuales son contemplados por la Ley 136 de 1994: que el mandatario haya muerto o renunciado; que esté incapacitado física y definitivamente; su elección sea anulada; por interdicción judicial; que haya sido destituido o revocado de su puesto; o que esté incapacitado por enfermedad durante más de 180 días (Revista Zeta, s.f.).

En el territorio colombiano, este tipo de elecciones solo se cumplen en el caso de alcaldes o gobernadores, cuyo periodo de gobierno es de cuatro años, los demás funcionarios que son elegidos por voto popular permiten la aplicación de esta medida (diputados, concejales y ediles), a menos que gane el voto en blanco en sus respectivas elecciones. El Artículo 261 de la Constitución Política (1991), sobre las faltas con carácter absoluto, indica que estas serán remediadas por los candidatos que hagan parte de la misma lista electoral, según el orden en que fueron inscritos. Por esa razón, las elecciones atípicas no aplican para los otros funcionarios de elección popular.

Es importante añadir que la Constitución Política (1991), en su Artículo 125, expuso que los periodos de los cargos de elección tienen una naturaleza institucional; es decir, los mandatarios escogidos en elecciones atípicas deben cumplir con la totalidad del periodo restante del cargo al que llegan (La Patria, 2013). Esto tiene gran relevancia porque, con el proyecto de ley presentado para derogar la Ley 996 (2005), se propone unificar los periodos con el presidente. Desde el punto de vista del investigador esto es un error, puesto que abriría las puertas para que la corrupción se cometiera de un modo más descubierto, la cual, como se ha visto, puede provenir de diferentes sectores, especialmente de quienes ostentan el poder.

Por su parte, el Banco Mundial definió la corrupción como el “uso indebido de servicios públicos para beneficio personal”. Teniendo esto en cuenta, es fundamental que exista la restricción, pero hay que agregar un inciso o párrafo que, en caso extraordinario (como una elección atípica) tenga como excepción la inaplicabilidad de la ley mencionada.

En conformidad con la Ley 136 (1994), en su Artículo 107, cuando haya falta absoluta de un alcalde, el gobernador correspondiente debe seleccionar el día que se elegirá el

reemplazo (fecha que debe disponerse hasta dos meses después de expedirse el decreto) y comunicarlo a partir de un decreto. Igualmente sucede cuando el gobernador deja vacante su puesto de manera permanente, con la diferencia que el presidente es quien escoge dicha la. Luego de escoger el día, la Registraduría Nacional del Estado Civil organiza toda la mecánica electoral, la designación de jurados, las mesas y los lugares de votación, etc. Con base en la normativa, este ente tiene la obligación de precisar el calendario electoral en tales casos, en función de lo planteado en el decreto expedido por el gobernador o presidente, según sea el caso (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013).

Para realizar la División Política Administrativa (Divipola) en una elección atípica se debe disponer de las mesas para la votación luego de que sea convocada. Además, en virtud de lo estipulado por la Ley 6 (Art., 10, 1990), se hace la expedición de la resolución que corresponda, la cual debe concordar con lo planteado por el alcalde. En este sentido, la Divipola debe actualizarse constantemente, según los acuerdos correspondientes que decretan los Consejos Municipales. Así, cuando se proyectan estas elecciones, las mesas de votación se distribuyen al considerar los espacios que cumplan con esta función, de modo que sean más efectivas (Misión de Observación Electoral [MOE], 2009).

Es menester recordar que para las elecciones atípicas no es necesario inscribir nuevamente la cédula porque al tenerla inscrita en las elecciones normales, esta información será utilizada por la Registraduría. Acerca de la inscripción de quienes quieren postularse cuando el escenario se da a partir de faltas absolutas, la Ley 1475 (Art. 30, 2011) establece que para ello se dispone de 15 días calendario, que empiezan un día después cuando se convocan las elecciones atípicas. Si se tiene la intención de modificar dicha postulación, es posible disponer de los cinco días que prosiguen al límite para inscribirse. Cuando se hayan inscrito los candidatos a la elección pueden emplear el derecho a hacer política, que termina el lunes antes al día de las elecciones (Decreto 1134, 1998).

Es fundamental reconocer el derecho que poseen los ciudadanos de la municipalidad en la que se llevará a cabo esta elección, quienes deben estar inscritos como corresponde en el censo electoral de esa territorialidad. Estas personas son llamadas a ejercer su derecho al voto. Por último, se debe tener presente que en este tipo de elecciones no se expedirá

Certificado Electoral (Decreto 2559 de 1997, art. 2), el cual solo se entrega en las elecciones con carácter ordinario.

7 Restricciones Normativas con Ley de Garantías

- **Definición de la Ley de garantías**

Es una guía para el ejercicio justo y transparente de la democracia representativa. Aunado a esto, pretende fortalecer la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las elecciones, y busca el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Asimismo, debe permitir que, en los debates, las ideas y propuestas definan el ascenso al poder.

- **Vigencia de la Ley de garantías**

En cuanto a las elecciones para **presidente**, los **artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005** determinan suspender cualquier vínculo que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva, durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta que se dé la elección; de igual manera, estipulan la prohibición de **contrataos directos**, excepto los referentes a la defensa y la seguridad del Estado, de crédito público, etc.

- **Restricciones normativas con la Ley de garantías**

Antes de que la Ley 2159 de 2021 entrara en vigor, con la respectiva modificación en su Artículo 124, los convenios interadministrativos se encontraban restringidos; sin embargo, con dicha ley esto se suspendió de manera temporal, lo cual abre la posibilidad de celebrar estos convenios, con el propósito de contribuir a la reactivación económica y la generación de empleos, teniendo en cuenta las implicaciones que ha tenido la declaratoria de la pandemia en la economía. No obstante, esta posibilidad tiene una condición y/o una orden explícita, que consiste en realizar un control especial por parte de la Contraloría General.

Es importante resaltar que no todo es prohibición en la Ley de garantías, toda vez que las selecciones implican convocatoria pública, modificaciones, etc. y la cesión de cualquier convenio o contrato suscrito antes de la restricción; los contratos o convenios por contratación directa con particulares, de asociación y fundamentados en regímenes especiales, si son con un particular, pueden ser celebrados y ejecutados. Esto aplicable a las elecciones del Congreso de la República.

Ahora bien, para elecciones presidenciales y de vicepresidente, en primera y segunda vuelta electoral, los convenios o contratos enmarcados en las causales de modalidad de contratación directa y contempladas en el Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, “prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios generales y directores de entidades descentralizadas del orden territorial, suscribir convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones”. Desde las cero horas del 29 de enero de 2022 hasta las 24 horas del 29 de mayo de 2022; y en segunda vuelta se extiende hasta las 24 horas del 19 de junio de 2022.

Finalmente, se debe resaltar que también existen excepciones, como los procesos de selección que requieran convocatoria pública, prórrogas, cambios o adiciones; y la cesión de cualquier convenio hecho antes de la restricción.

- **Aplicación de la Ley de garantías**

La ley de garantías no determina restricciones para prórrogas, modificaciones o adiciones y la adición de contratos suscritos antes del periodo electoral, siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad. De ese modo, pueden hacerse en cualquier tiempo, antes o después del comienzo de la aplicación de la ley de garantías, siempre que el contrato esté vigente (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

El registro presupuestal y la aprobación de garantía se pueden hacer después de la entrada en vigor de la ley de garantías, como requisito de ejecución del contrato, pero no requeridos para perfeccionarlo. La Ley de Garantías no aplica a contratos que se deben celebrar en virtud de un fallo judicial (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

Ahora bien, en el periodo previo a las elecciones del 2022 también aplica la prohibición sobre contratación pública, establecida en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Los gobernadores, alcaldes distritales y municipales, secretarios de despacho, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital tienen prohibido, desde el mes de noviembre de la actual vigencia fiscal, celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos.

Según el Decreto 92 de 2017, se restringen las contrataciones mediante procesos no competitivos, las cuales se asemejan a contratación directa, tales como actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, entre otros. Los procesos competitivos adelantados en el marco de este decreto no son restringidos por la Ley de Garantías.

- **Discusión teórica**

En los resultados obtenidos en esta investigación se pudo apreciar que cuando las elecciones atípicas concuerdan con la aplicación obligatoria de Ley de garantías, por estar realizándose el proceso electoral presidencial, van en contravía de lo ordenado en la Carta Magna colombiana (1991), toda vez que, como se establece en su Artículo 259, “El voto programático constituye un mecanismo de participación ciudadana, una forma de control sobre los mandatarios y una manifestación de la soberanía popular y la democracia participativa”.

El voto programático otorga responsabilidad a alcaldes y gobernadores, de modo que deben presentar a las asambleas y los concejos las modificaciones, las adiciones y las supresiones al plan de desarrollo, para que se incorporen los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito durante campaña electoral. Igualmente, poseen la obligación de cumplir con el programa. Se entiende, así, que un alcalde o gobernador, al iniciar su mandato, cuente con colaboradores de su confianza para desarrollar el programa de gobierno; por eso, dentro de su nómina existen cargos de libre nombramiento y remoción.

Sobre ello, la Corte Constitucional, en Sentencia C-161 de 2003, señaló que tales cargos son los creados específicamente para cumplir un rol directivo, de manejo, orientación, etc., en el ejercicio de los cuales se adoptan políticas fundamentales.

Con base en lo expresado por la Corte Constitucional, el mandatario que se posesiona en su cargo, cuando ha sido elegido de manera atípica, no puede realizar un despido masivo de los empleados nombrados en libre nombramiento y remoción ni hacer uso de su facultad discrecional, debido a la declaratoria de insubsistencia o retiro de personas vinculadas con la figura de libre nombramiento y remoción. Tales actos no deberían ser motivados, y en ellos toma relevancia el hecho que la base fundamental de estos es la confianza, la cual es un

criterio subjetivo, especialmente en los empleos de nivel jerárquico que tengan funciones de asesoría institucional, asistencial o de apoyo. Como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, todo esto constituye la base fundamental, por la cual en este tipo de situaciones se requiere dejar constancia de la desvinculación del cargo, dado que puede incurrir en desviación de poder, lo cual es determinante para anular un acto administrativo.

Estos nombramientos posibilitan la conformación de la autoridad política del municipio, dado que con ella se busca regir los destinos de la entidad territorial. Por ende, el Artículo 189 de la Ley 136 de 1994 consagró quiénes son las autoridades encargadas de ejercer la autoridad política en el municipio: “Autoridad Política. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política”¹. En efecto, los secretarios y jefes de departamento administrativo actúan conforme al alcalde para conseguir una unidad y que la autoridad política se desarrolle adecuadamente.

8 Conclusiones

Respecto a la pregunta planteada y en el desarrollo del presente trabajo se encuentra afectación en la contratación y por ende en la ejecución de la misma, en los entes territoriales, toda vez que no pueden disponer libremente de la designación de su gabinete.

De acuerdo al calendario de las elecciones de alcalde y/o gobernadores, cuando son atípicas y la llegada del nuevo mandatario concuerda con la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, es necesario buscar alternativas que le permitan a la nueva administración ejecutar de manera óptima el mandato ciudadano, el cual se vería afectado por la aplicación estricta de la norma.

Partiendo de lo explicado a lo largo de esta investigación, debe presentarse una reforma a la Ley de garantías, en la cual se incluya un párrafo que plantee como excepción

¹ “Conforme a las disposiciones transcritas, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, y aquellos directivos como Secretarios de Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos que integran su gabinete y la autoridad civil es el ejercicio de poder o mando, dirección e imposición sobre las personas”. (Sentencia N.º 11001-03-28-000-2014-00047-00 de 2014)

la no aplicación de la norma, específicamente los artículos 32, 33 y 38. Este cambio consiste en que cuando las elecciones atípicas converjan con la vigencia de la Ley de garantías sea posible realizar el nombramiento de gabinete para alcaldes y gobernadores elegidos con esta figura. En cuanto al Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, continua vigente y requiere la adición del párrafo mencionado.

El investigador considera que la Ley de garantías (Ley 996 de 2005) está bien diseñada y estructurada, a diferencia del proyecto de ley presentado, con el cual se pretende eliminar esta figura bajo el argumento de la presunción de buena fe en los mandatarios; por ello, basta con la reforma que consiste en agregar un texto, dado que esta ley cumple con la finalidad de las leyes en Colombia: brindar garantías a todos los participantes de la contienda electoral.

Sumado a lo anterior, es importante destacar que, si se continúa con la ley sin la aplicación de la reforma, la función pública en Colombia seguirá perjudicada, puesto que no poder disponer de empleados de confianza no le permite al mandatario ejecutar a cabalidad el programa de gobierno.

La historia evidencia la evolución en Colombia, la forma como se ha desarrollado el proceso electoral, los derechos otorgados a todos y cada uno de los nacionales y en ese sentido debemos de alguna manera retribuir a este reconocimiento, haciendo uso de las herramientas constitucionales, promoviendo la construcción de un mejor país.

Por lo demás, este documento pretende brindar herramientas jurídicas, que permitan a los mandatarios elegidos mediante voto popular en elecciones atípicas un mayor margen de maniobra, con el cual puedan nombrar su gabinete sin restricción que le impida cumplir con su programa. Así pues, se busca evitar un detrimento patrimonial, toda vez que las demoras en la ejecución de contratos, en los nombramientos o en la designación de funcionarios impacta en la función pública y en el patrimonio público.

9 Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1886). Constitución Política de Colombia de 5 de agosto de 1886. Bogotá, D. C., Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá, D. C., Colombia.
- Bahamón, M. L. (2018). Contratación Estatal. En M. L. Bahamón, *Elementos y presupuestos de la contratación estatal* (pp. 15-42). Universidad Católica de Colombia.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Cabezas, L. (2015). *El nuevo mapa de poder en Colombia*. <https://www.politicaexterior.com/el-nuevo-mapa-de-poder-en-colombia/>
- Chavarro, J. E. (2012). *Contratación estatal y registro único de proponentes*. Grupo Editorial Nueva Legislación.
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Circular externa única de Colombia Compra Eficiente. Colombia Compra Eficiente.
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 del 26 de mayo de 1887. Diario Oficial No. 7.151. [Por la cual se expide el Código Civil]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1982). Ley 19 del 22 de enero de 1982. Diario Oficial No. 35937. [Por la cual se definen nuevos principios de los Contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República...]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 6 del 5 de enero de 1990. Diario Oficial No. 39.132. [Por la cual se reforma el Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Diario Oficial No. 41.094. [Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 136 del 2 de junio de 1994. Diario Oficial No. 41.377. [Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1995). Ley 190 del 6 de junio de 1995. Diario Oficial No. 41.878. [Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 489 del 29 de diciembre de 1998. Diario Oficial No. 43.464. [Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones...]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 598 del 18 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.092. [Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la contratación Estatal, SICE, el Catálogo Unico de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Unico de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Diario Oficial No. 44.708. [Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 909 del 23 de septiembre de 2004. Diario Oficial No. 45.680. [Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2005). Ley 996 del 24 de noviembre de 2005. Diario Oficial No. 46.102. [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]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1150 del 16 de julio de 2007. Diario Oficial No. 46.691. [Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956. [Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1475 del 14 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.130. [Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2016). Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016. Diario Oficial No. 50.102. [Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2020). Proyecto de Ley 032 del 20 de julio de 2020. [Por medio del cual se implementan los procesos de calidad de la educación pública en el marco de la política de Estado para la transformación de la calidad...]. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. (2014). Sentencia n° 11001-03-28-000-2014-00047-00 del 15 de diciembre de 2014. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. C.P.: Susana Buitrago Valencia. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 01507 del 8 de febrero de 2018. *Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 01754 del 15 de noviembre de 2018. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. C.P.: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., Colombia.

- Consejo de Estado. (2020). Auto n° 11001-03-06-000-2019-00187-00 del 18 de febrero de 2020. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P.: Óscar Darío Amaya Navas. Bogotá, D.C., Colombia.
- Convención Constituyente. (1832). Constitución Neogranadina del 1 de marzo de 1832. Bogotá, D. C.: Colombia.
- Corporación Transparencia por Colombia. (2007). *Informe anual 2007*. Corporación Transparencia por Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-521 del 16 de noviembre de 1995. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-540 del 1 de octubre de 1998. *M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-727 del 21 de junio de 2000. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. *M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU-003 del 8 de febrero de 2018. *M.P.: Carlos Bernal Pulido*. Bogotá, D.C., Colombia.
- El Nuevo Siglo. (2018). *Gobierno le propuso al Congreso reformar la Ley de Garantías*. <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2018-gobierno-le-propuso-al-congreso-reformar-la-ley-de-garantias>
- El Universal. (2017). *Procuraduría suspende al alcalde de Cartagena, Manolo Duque*. <https://www.eluniversal.com.co/cartagena/procuraduria-suspende-al-alcalde-de-cartagena-manolo-duque-253303-LVEU364197>
- Enciclopedia Jurídica. (2020). *Objeto del contrato*. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/objeto-del-contrato/objeto-del-contrato.htm>

- Equipo Beedigital. (2019). *Contratación administrativa: todo lo que necesitas saber*.
<https://www.beedigital.es/contratacion-laboral/contratacion-administrativa-todo-lo-que-necesitas-saber/>
- Fandiño, J. E. (2014). *La Contratación Estatal*. Leyer.
- Flórez, J. R., Latorre, Ó. A., & Cardona, R. D. (2019). La evolución del concepto de función pública y el servicio civil de carrera en Colombia: análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo. *Revista Criterio Libre Juridico*, 15(2), 4-20.
<https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2018.v15n2.5569>
- Función Pública. (2015). Función Pública cumple hoy 57 años de creación.
https://www.funcionpublica.gov.co/noticias/-/asset_publisher/mQXU1au9B4LL/content/funcion-publica-cumple-hoy-57-anos-de-creacion?from=2013/02
- Green, G. (1997). *Occupational crime*. Wadsworth Pub Co.
- Hellriegel, D., Slocum, J., & Woodman, R. (1999). *Comportamiento organizacional* (8.^a ed.). Thomson Editores.
- La Patria. (2013). *Todo lo que debe saber de unas elecciones atípicas*.
<https://www.lapatria.com/caldas/todo-lo-que-debe-saber-de-unas-elecciones-atipicas-32959>
- Martínez, E. E., & Ramírez, J. M. (2008). *Régimen del servidor público* [Tesis]. Bogotá, D.C.: Escuela Superior de Administración Pública.
- Misas, G., Oviedo, M., & Franco, A. (2005). Un marco analítico para entender la corrupción. *Económica Colombiana*, 307(1), 8-45.
- Misión de Observación Electoral [MOE]. (2009). *Lanzamiento MOE Magdalena Medio*.
https://moe.org.co/home/boletinmoe/11_26junio2009.html
- Morales, D. (2021). *Régimen de la Contratación Estatal*. Uniacademia Leyer.
- Nación Invisible. (2016). *Tipos de Contratación Estatal en Colombia*.
<https://www.nacionvisible.org/tipos-de-contratacion-publica-en->

colombia/#:~:text=Licitaci%C3%B3n%20Pública%20es%20el%20Acto,pueden%20ser%20nacionales%20o%20internacionales

Presidencia de la República de Colombia. (1983). Decreto 222 del 2 de febrero de 1983. Diario Oficial No. 36189. [Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1988). Decreto 1134 del 10 de junio de 1988. Diario Oficial No. 38.377. [Por medio del cual se reglamenta el proceso electoral tendiente a efectuar nueva elección de Alcalde]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1995). Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.137. [Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1997). Decreto 2559 del 17 de octubre de 1997. Diario Oficial No. 43.152. [Por el cual se reglamenta la Ley 403 de 1997, que establece estímulos para los sufragantes]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2013). Decreto 1510 del 17 de julio de 2013. Diario Oficial No. 48.854. [Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2017). Decreto 92 del 23 de enero de 2017. Diario Oficial No. 50.125. [Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2o del artículo 355...] . Bogotá, D.C., Colombia.

Procuraduría General de la Nación. (2019). Circular 7 del 17 de junio de 2019. Bogotá, D.C., Colombia.

Puentes, L. (2021). Elecciones atípicas, en el marco de la Ley de Garantías. (Y. Rodríguez, Entrevistador)

- Ragagnin, F. (2005). El relato de las noticias sobre delito de cuello blanco. La criminalidad de etiqueta. *Palabra Clave*, 13, 1-15.
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (2013). *Con 14 lectores biométricos se identifican a los votantes en la elección de alcalde de Gonzáles, Cesar, que se celebra hoy domingo*. <https://gslb2.registraduria.gov.co/Con-14-lectores-biometricos-se.html>
- Restrepo, J. (2001). *Análisis económico del conflicto interno*. Universidad de Londres.
- Restrepo, J. F., & Betancur, G. B. (2020). Del principio de planeación en la contratación estatal: un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano. *Ius et Praxis*, 26(6), 104-124. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200104>
- Revista Semana. (2016). *Pocos gobernadores y alcaldes duran los cuatro años*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-pocos-gobernadores-y-alcaldes-duran-los-cuatro-anos/487656/>
- Revista Zeta. (s.f.). *¿Qué son las elecciones atípicas?* <https://revistazetta.com/?p=23076>
- Rico, L. A. (2021). *Teoría General y práctica de la contratación estatal*. Uniacademia Leyer.
- Servicio Nacional de Aprendizaje [SENA]. (2018). Circular 13474 del 3 de marzo de 2018. Bogotá, D.C., Colombia.
- Universidad de las Américas Puebla [UDLAP]. (s.f.). *Marco referencial*. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/pena_c_fj/capitulo2.pdf