



RESTRICCIONES EN LA NÓMINA Y EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON OCASIÓN DE LAS ELECCIONES A LA PRESIDENCIA, VICEPRESIDENCIA Y CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales promueve el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa y fue expedida para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para los electores.

La Ley de Garantías Electorales circunscribe sus prohibiciones a las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular, para: a) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, b) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, c) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, d) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, e) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador, y f) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.

Su propósito es afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales y que tanto los candidatos como los electores, aprovechen en igualdad de condiciones los recursos ofrecidos por el Estado, de manera que la voluntad popular se exprese sin obstrucciones de ningún tipo y que la decisión del pueblo se vea reflejada en la persona elegida para ocupar el cargo de autoridad que se disputa.

En ese contexto, la ley establece unas restricciones al ejercicio de la función gubernamental como garantía del equilibrio y la transparencia del actuar administrativo en medio del debate electoral, Y con ello evita que la nómina estatal o la contratación directa se utilicen como medio en la campaña electoral para favorecer a uno o varios candidatos.

A continuación, Función Pública, en su rol de autoridad en doctrina jurídica para las entidades y organismos del Estado en los temas de su competencia, presentará las respuestas a las preguntas frecuentes que las entidades, los servidores y los ciudadanos formulan frente a la aplicación de la Ley de Garantías de 2005, con el fin de orientar la adecuada toma de decisiones en el ámbito de la administración pública.



¿Cuáles son las elecciones que se llevarán a cabo en el 2018 y cuándo tendrán lugar?

De acuerdo con el calendario electoral, el próximo año se celebrarán las siguientes elecciones:

- ❖ Para elegir miembros del Senado y la Cámara de Representantes, la cual se llevará a cabo el 11 de marzo de 2018.
- ❖ Para elegir Presidente y Vicepresidente de la República: 27 de mayo de 2018. Si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación (segunda vuelta) que tendrá lugar tres semanas más tarde, es decir, el 17 de junio de 2018, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones.



¿Cuáles son las restricciones que consagra la Ley 996 de 2005 durante la campaña presidencial y a cargos de elección popular?

La Ley de Garantías consagra una serie de prohibiciones durante la campaña presidencial y unas restricciones especiales durante la campaña para otros cargos de elección popular, así:

Prohibiciones durante la campaña presidencial:

- ❖ Durante la campaña presidencial, esto es, desde el 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, quienes ejercen la Presidencia o la Vicepresidencia de la República no podrán asistir a actos de inauguración de obras públicas; entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional; referirse a los candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno; utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno; y utilizar bienes del Estado, diferentes a aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de campaña presidencial.
- ❖ Se restringe el monto de la publicidad estatal porque durante la campaña presidencial no se podrán aumentar los recursos destinados a la

publicidad del Estado ni tampoco la publicidad del Estado se podrá utilizar como propaganda política de los candidatos o partidos políticos o movimientos políticos o sociales.

- ❖ Con respecto a la vinculación a la nómina estatal, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, es decir, desde el 27 de enero de 2018 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso.
- ❖ Queda exceptuada de la anterior restricción, lo referente a:
 - La defensa y seguridad del Estado
 - Los contratos de crédito público
 - Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres
 - Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y
 - Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias
- ❖ Se restringe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado desde el día 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. Es de anotar que no hay restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones y la cesión de los contratos suscritos antes del 27 de enero de 2018¹.

Prohibiciones especiales durante la campaña para cargos de elección popular:

Desde el 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital tienen las siguientes restricciones:

- ❖ No podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

¹ De conformidad con la Circular externa No. 24 del 12 de mayo de 2017 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia compra eficiente-.

- ❖ Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.
- ❖ No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.
- ❖ No podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad desde el 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, es decir, en caso de nombramientos en periodo de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

LIMITACIONES A LA VINCULACIÓN DE PERSONAL O MODIFICACIÓN DE LA NÓMINA ESTATAL



¿A partir de qué fecha empiezan a regir las restricciones señaladas en la Ley 996 de 2005 para vincular personal o modificar la nómina estatal?

- ❖ **A nivel territorial** las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir miembros del Congreso, es decir, a partir de las 00:00 a.m. del **11 de noviembre de 2017**. Esto implica que los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el **11 de noviembre de 2017**.
- ❖ **A nivel nacional** las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir Presidente y Vicepresidente de la República, es decir, a partir de las 00:00 horas del **27 de enero de 2018**. Esto implica

que los nominadores en las entidades de la rama Ejecutiva del poder público en sus órdenes nacional y territorial, no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el **27 de enero de 2018**.



¿Qué implica la suspensión de vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal?

En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas², salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo³ indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, como en el caso de nombramientos en periodo de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil⁴. Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública". Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

² Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional

³ Concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

⁴ En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública...".

"...En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña."

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer"⁵.



¿Pueden crearse o suprimirse empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal en vigencia de la ley de garantías?

No pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, en las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, toda vez que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y su provisión, así como a la incorporación y desvinculación de persona alguna de la planta de la respectiva entidad⁶.



¿La suspensión de la nómina estatal aplica en la provisión de los empleos de jefes de control interno del nivel territorial?

No aplica, por cuanto la provisión del empleo de jefe de control interno en el nivel territorial se requiere para suplir una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha al configurarse una causal legal de retiro por la expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011⁷.

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

⁶ Conceptos No. 1985 de 2010 – Adición – y No. 1846 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

⁷ En el concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se afirmó:

"...Así, la expresión "falta definitiva" no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten



¿En ley de garantías se puede nombrar un empleado en provisionalidad para proveer un cargo vacante?

En vigencia de la restricción no es posible proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales.



¿Es procedente efectuar nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales?

De acuerdo con las restricciones y prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en el respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Con todo, para proceder a dicha provisión es condición sine qua non satisfacer los requisitos señalados en el concepto 2207 del 1º de abril de 2014 del Consejo de Estado⁸. Así, la Sala indicó:

“El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función

obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.”

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) "cabal funcionamiento de la administración pública".

(...)

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

(...)

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad"⁹. (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público.

⁹ Ibídem.



¿Es procedente efectuar nombramientos como consecuencia de un concurso de méritos de carrera administrativa durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales?

Resulta procedente efectuar nombramientos como consecuencia de un concurso de méritos de carrera administrativa durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales. La restricción establecida en la Ley de Garantías Electorales está exceptuada para los casos de aplicación de las normas de Carrera.



¿Puede proveerse un empleo vacante por pensión del titular en vigencia de la Ley 996 de 2005?

En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 con los condicionamientos de la sentencia C-1153 de 2005, la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o vejez, por si misma, no permite proveer la vacante correspondiente. La aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilite a la autoridad para proveerla durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular¹⁰.



¿Es procedente prorrogar la posesión a una persona que fue nombrada con anterioridad a la entrada en vigencia Ley de Garantías Electorales?

Es procedente prorrogar el plazo de la posesión de una persona que fue nombrada con anterioridad a la fecha de iniciación de la prohibición contenida en la Ley de Garantías Electorales, en razón a que la provisión se efectúa mediante el nombramiento y el acto de posesión es una formalidad.

¹⁰ Concepto No. 1985 de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado



¿Pueden efectuarse encargos para proveer vacancias definitivas o temporales en vigencia de la Ley de Garantías?

En vigencia de la Ley de Garantías, es viable la provisión de empleos vacantes a través de la figura del encargo a servidores públicos de carrera en los términos de la ley 909 de 2004, siempre y cuando las necesidades del servicio lo requieran. Lo anterior, debido a que la designación mediante encargo no afecta ni genera la modificación de la nómina correspondiente y se encuentra dentro de la aplicación de las normas de carrera administrativa¹¹.



¿Resulta factible realizar traslados en vigencia de la ley de garantías?

En vigencia de la Ley de Garantías es factible realizar traslados para proveer las vacantes definitivas para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Lo anterior, debido a que este movimiento de personal no genera la modificación de la nómina correspondiente.



¿Puede declararse la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción en vigencia de la Ley 996 de 2005?

Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital no podrán declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido.

En las entidades de la Rama Ejecutiva no es posible declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, toda vez que

¹¹ En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera..."

esta causal deriva del ejercicio de la facultad discrecional del nominador e implica la modificación de la nómina estatal, situación que se encuentra restringida para impedir que se utilicen los empleos públicos en favor de un candidato a ocupar un cargo de elección popular o causa política¹².

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ ha afirmado también que en casos absolutamente excepcionales es posible, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, desvincular a un funcionario durante el periodo en el que están en vigencia las restricciones de la Ley 996 de 2005. Así, señaló:

“En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser (sic) burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.
(...)

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar¹⁴. (Subrayas fuera del texto).

¹² Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10). Igualmente, en otra oportunidad la Sección Segunda indicó: “Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. (...) Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedía modificar la nómina de la entidad, al tenor del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria. Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09).

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-

Como puede advertirse, la Sección Segunda también ha aceptado que en casos excepcionales se pueda afectar la nómina con miras a proteger el bien jurídicamente tutelado por la Ley de Garantías Electorales.



¿Es viable declarar la insubsistencia de un empleado

provisional en ley de garantías?

Resulta improcedente declarar la insubsistencia de un empleado provisional estando en vigencia la Ley de Garantías¹⁵.



¿Es viable terminar el contrato a término fijo de un trabajador

oficial estando en vigencia la Ley de Garantías Electorales?

Resulta procedente terminar el contrato a término fijo de un trabajador oficial estando en vigencia la Ley de Garantías.

La desvinculación del trabajador oficial se rige por el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno y las normas que lo regulan. En los

01(0481-10). Igualmente, en otra oportunidad la Sección Segunda indicó: "Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. (...) Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedía modificar la nómina de la entidad, al tenor del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria. Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09).

¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

contratos de término fijo, el acuerdo extintivo se concibe desde el mismo instante en que los contratantes han consolidado el acuerdo de voluntades¹⁶.



¿Es viable retirar del servicio a un funcionario que se encuentra en edad de retiro forzoso, en el marco de la ley de garantías?

Es viable que las entidades adelanten las actuaciones tendientes a retirar del servicio a un funcionario que cumpla la edad de retiro forzoso en vigencia de la Ley de Garantías. La edad de retiro forzoso es un impedimento para desempeñar cargos públicos, en los términos del artículo 2.2.11.1.7 del Decreto 1083 de 2015.

Cuando se trate de un contrato celebrado por término indefinido o sin fijación de término alguno, no resulta procedente terminar el contrato en vigencia de la Ley de Garantías¹⁷.



¿Una sociedad de economía mixta a la cual se le aplica la Ley 996 de 2005 puede hacer incrementos salariales a los empleados que se encuentran vinculados dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones?

Una sociedad de economía mixta a la cual se le aplica la Ley 996 de 2005 puede realizar incrementos salariales a los empleados, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, teniendo en cuenta los límites máximos de la asignación básica mensual fijados por el Gobierno Nacional en los decretos que anualmente expide.

Dentro de la noción de modificación de la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se encuentra la de efectuar los incrementos salariales anuales de los empleados vinculados, lo que es un derecho del trabajador.

¹⁶ Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010



En caso de elecciones atípicas de alcalde ¿es pertinente una medida de carácter excepcional frente a las disposiciones del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo relativo a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular?

De acuerdo con el Consejo de Estado¹⁸, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por regla general, los alcaldes recién electos en elecciones atípicas, no pueden modificar la nómina de la Alcaldía en la época preelectoral. Sin embargo, podrá hacerlo, excepcionalmente, en el caso de la aplicación de las normas de carrera administrativa y de la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos.

Por lo tanto, de llegarse a proveer un cargo por la citada autoridad, este debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Siguiendo los parámetros fijados por el Consejo de Estado en 2014¹⁹, la decisión que se tome en ese sentido debe:

- i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.
- ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.

¹⁸ Concepto No. 2366 del 20 de febrero de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

- iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, de acuerdo con el Consejo de Estado²⁰ en lo que respecta a la facultad de remoción, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría remover a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo.

Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público, de conformidad con los criterios trazados por la Sala en el año 2014.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.



¿Puede hacerse una eventual provisión de los cargos de inspector de Policía en el marco de lo previsto en la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, y el inciso 2º del artículo 4 del Decreto 2026 del 4 de diciembre de 2017 sin desconocer las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005?

De acuerdo con el Consejo de Estado²¹, la construcción de una paz estable y duradera requiere, como lo señaló el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, la reincorporación efectiva de los ex miembros de las FARC-EP a la

²⁰ Concepto No. 2366 del 20 de febrero de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

²¹ Concepto No. 2366 del 20 de febrero de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

vida social, económica y política del país. El proceso de reincorporación constituye entonces un aspecto esencial para la consecución de la paz, la cual es un derecho fundamental y deber de obligatorio cumplimiento.

Con el fin de adelantar la reincorporación de los sujetos mencionados, se crearon los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, en los cuales se debe mantener en todo momento la vigencia del Estado Social de Derecho y la normalidad institucional. Una autoridad que contribuye a este objetivo, es el inspector de policía, el cual tiene como misión conservar la convivencia y la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, así como de estas con los bienes y con el ambiente.

Como es necesario mantener la normalidad institucional y facilitar la reincorporación de las personas que dejaron las armas en un ambiente de convivencia e interacción pacífica, y dada la duración temporal de los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, es razonable la provisión de los cargos de inspector de policía en estas zonas. La provisión tiene lugar a la luz de la excepción de defensa y seguridad nacional, que resulta aplicable en virtud del análisis sistemático de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley de Garantías Electorales.

LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL



¿Cuáles son las restricciones en materia de contratación estatal en aplicación de la Ley 996 de 2005?

En materia de contratación estatal existen dos restricciones: La primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.



¿Qué implica la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

La Ley de Garantías prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección.

En este periodo se pueden celebrar convenios interadministrativos en los cuales no intervengan entidades del orden territorial que no impliquen la ejecución de recursos.



¿A partir de qué fecha empieza a regir la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

Según el calendario electoral, a partir del 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual Presidente sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no pueden celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, independientemente de la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.



¿Qué implica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. A través de la modalidad de contratación directa se celebran, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, arrendamiento de inmuebles y contratos con proveedor exclusivo.



¿A partir de qué fecha empieza la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

A partir del 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente.



¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

Aplica a todos los entes del Estado, de todas las Ramas del Poder Público pertenecientes al nivel Nacional y Territorial.



¿Existen excepciones frente a la restricción para celebrar contratos directamente?

Se exceptúa lo referente a:

- La defensa y seguridad del Estado
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres
- Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias



¿Las restricciones a la contratación directa aplican a prórrogas o modificaciones de contratos?

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



¿Qué contratos se pueden celebrar en vigencia de la ley de garantías?

Durante la vigencia de la ley de garantías se podrán celebrar contratos que se deriven de los procedimientos que correspondan a las modalidades de selección como la licitación pública, concursos de méritos, selección abreviada y mínima cuantía.



¿Esta prohibición aplica a la contratación que adelanten las Empresas Sociales del Estado?

Esta restricción no aplica a la contratación realizada por las entidades sanitarias y hospitalarias por estar exceptuadas expresamente en el artículo 33 de la ley 996 de 2005.



¿La restricción aplica a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, corporaciones autónomas regionales y empresas industriales y comerciales del Estado?

Si, esta restricción aplica a todas las entidades que conforman la estructura y organización de la administración pública.