



Función Pública

## Concepto 021251 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000021251\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000021251

Fecha: 18/01/2022 01:54:38 p.m.

Bogotá D.C.,

REF.: EMPLEOS. Provisión durante Ley de garantías. ¿Se pueden realizar nombramientos en una Empresa de Servicios Públicos del orden territorial durante la Ley de Garantías en razón a una reestructuración de la entidad? RADICADO: 20212060750012 del 17 de diciembre de 2021.

Acuso recibo de su comunicación mediante la cual manifiesta que la Empresa El Rosal SA ESP realizó una reestructuración de su planta a finales del año 2021, por lo que consulta si es posible hacer nuevos nombramientos acordes al estudio de reestructuración realizado por la empresa El Rosal SA ESP, a partir del día 02 de enero de 2022, de acuerdo a los tiempos estipulados por la normatividad y conforme a la circular de la Ley de garantías.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es necesario indicar que, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005<sup>1</sup>, denominada también ley de garantías, establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, señalando lo siguiente:

*“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del Artículo siguiente.*

*PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Subrayado fuera de texto)*

*“ARTÍCULO 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.*

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración”.

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

PARÁGRAFO. (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.” (Subrayado fuera de texto)

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

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

«...Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.» (Subrayado fuera de texto)

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

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

«En efecto, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: "los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital", con el de fin evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del

orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

(...)

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

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

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia [C-1153/05](#) del 11 de noviembre de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña.

Según el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Ahora bien, en su consulta manifiesta que la Empresa El Rosal SA ESP tiene el régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo que es preciso citar el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>2</sup> el cual dispone:

*«ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

*1. Del Sector Central:.*

*(...)*

*2. Del Sector descentralizado por servicios:*

*(...)*

*b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;*

*(...).»*

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

Por lo anterior, y en atención a su consulta, esta Dirección Jurídica se permite dar respuesta a sus interrogantes de la siguiente manera:

*1. ¿Es posible realizar los nombramientos acordes al estudio de reestructuración realizado por la empresa El Rosal SA ESP, a partir del día 02 de enero de 2022, de acuerdo a los tiempos estipulados por la normatividad y conforme a la circular de la Ley de garantías?*

Al respecto, esta Dirección Jurídica considera que, como quiera que la Empresa de la que trata su comunicación pertenece a la Rama Ejecutiva, le aplicarán las prohibiciones establecidas en la Ley 996 de 2005, esto es que la entidad no podrá realizar ninguna forma de vinculación que afecte la nómina estatal durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si es el caso.

*2. Se indique si la empresa El Rosal SA ESP no estaría violando lo ordenado por el gobierno nacional respecto a la Ley de garantías, al hacer los respectivos nombramientos tanto de los empleados que ya pertenecen a la organización como los nuevos funcionarios que harían parte de la empresa de acuerdo a la reestructuración aprobada por la Junta Directiva.*

Teniendo en cuenta que las prohibiciones que contempla la Ley 996 de 2005 son mandatos legales y de obligatorio cumplimiento, su desconocimiento implicaría el incumplimiento de la norma y como consecuencia la imposición de las sanciones disciplinarias respectivas.

3. *Que, de acuerdo a su concepto como ente de control y vigilancia, informen si el gerente y la junta directiva no estarían incurso a una investigación disciplinaria y demás sanciones a que haya lugar por llevar a cabo estos nombramientos.*

3.

Sobre el particular, es importante mencionar que en virtud del Artículo 40 de la Ley 996 de 2005 el incumplimiento de las disposiciones de la misma Ley, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002<sup>3</sup> y según la gravedad del hecho. Razón por la cual se reitera que en caso que el Gerente o la Junta Directiva realicen nombramientos sin tener en cuenta las prohibiciones establecidas en los Artículos 32, 33 y 38 de la mencionada ley incurrirán en sanciones disciplinarias.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "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".

2. "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

3. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. (Ley derogada a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 73 de la Ley 2094 de 2021)

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:00:00*