



Función Pública

Concepto 468111 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000468111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000468111

Fecha: 28/12/2021 10:07:32 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: ENTIDAD. Vinculación, desvinculación. Vinculación y desvinculación de servidores públicos en aplicación de la ley de garantías electorales.
RAD.: 20212060759162 de fecha 22 de diciembre de 2021.

En atención a su escrito de la referencia, mediante la cual presenta varios interrogantes relacionados con la aplicación de la Ley 996 de 2005, me permito dar respuesta a la misma en el marco de las funciones y competencias legales atribuidas a este Departamento Administrativo en los siguientes términos:

Inicialmente se considera importante tener en cuenta que, en virtud de lo previsto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, en atención a su solicitud, se dará respuesta a sus interrogantes de manera general en los siguientes términos:

1.- A su primer interrogante, en el cual consulta: “¿En caso que el cronograma del proceso contractual de Colpensiones no permita concluir el proceso antes, del 29 de enero de 2022, es posible avanzar con el proceso contractual en la modalidad de convocatoria pública una vez iniciada la Ley de Garantías, teniendo en cuenta que es un proceso de mayor cuantía?”, le manifiesto:

Sea lo primero señalar que la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 tiene por objeto garantizar la transparencia en los comicios electorales y limitar la vinculación y desvinculación en las entidades de la Rama Ejecutiva, para el efecto señala las siguientes disposiciones:

“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.

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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

(...)”

(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, 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.

En ese sentido, y como quiera que según su escrito se trata de un proceso contractual de mayor cuantía diferente al de contratación directa, se colige que no se encuentra dentro de las prohibiciones de ley.

2.- En atención al segundo interrogante de su escrito, encaminado a determinar: “¿En caso de contar con Empresa de Servicios Temporales, se puede solicitar a la Empresa de Servicios Temporales y recibir en Colpensiones, como empresa contratante, trabajadores en misión durante la Ley de Garantías?”, le manifiesto lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta, se considera importante tener en cuenta que el trabajador en misión no es un servidor público, en consecuencia, no hace parte de la planta de personal de la entidad, y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto 4369 de 2006, por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones, los trabajadores en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos.

Así las cosas, se colige que, en caso de contrato suscrito entre una entidad pública y una empresa de servicios temporales, no se evidencia prohibición alguna para que durante la aplicación de la ley de garantías electorales la entidad solicite a la empresa trabajadores en misión, pues no se trata de modificación de su nómina, ni de su planta de personal.

3.- A su tercer interrogante, en el que consulta: “¿En caso de ser positiva la respuesta a la inquietud anterior, se puede solicitar la terminación de la obra o labor de los TM recibidos, durante la Ley de Garantías?”, se reitera que, como quiera que los trabajadores en misión no son servidores públicos, no hacen parte de la planta de personal de la entidad, ni de su nómina, en consecuencia, no se evidencia prohibición alguna para que durante la aplicación de la ley de garantías electorales la entidad solicite cambio de trabajadores en misión a la empresa, o la terminación de la obra o labor, pues no se trata de modificación de su nómina, ni de su planta de personal.

4.- Al cuarto interrogante, en el que se consulta: “¿Qué tipo de restricción tendría Colpensiones para la operación del contrato con la EST, en virtud de la Ley de Garantías?”, le manifiesto que durante la aplicación de la ley de garantías electorales, las entidades públicas no podrán suscribir contratos estatales en la modalidad de contratación directa.

5.- Al quinto interrogante de su escrito: “¿Es procedente que, durante la vigencia de ley de garantías, la empresa de servicios temporales contratada por la entidad, contrate personal en misión para suministrar a Colpensiones?”, se precisa que, como quiera que la empresa de servicios temporales es una empresa del sector privado, no se encuentra dentro de las prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005, en consecuencia, no se evidencia prohibición alguna para que, vincule o desvincule a los trabajadores que considere necesarios para el ejercicio de su actividad, pues las destinatarias de las mencionadas restricciones son las entidades públicas.

6.- A su sexto interrogante: “¿Existen restricciones para las empresas de servicios temporales contratada por una Empresa Industrial y Comercial del Estado durante el periodo de ley de Garantías?”, se reitera la respuesta al quinto interrogante.

7.- En relación con el séptimo interrogante, mediante el cual consulta si para el caso de una EICE como es el caso de Colpensiones ¿Es procedente realizar la vinculación de personal durante la vigencia de la ley de garantías, cuando la vacante se produce por pensión del servidor público?, le indico lo siguiente:

ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, 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.

(...)

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

La Corte Constitucional en la Sentencia [C-1153](#) de 2005, respecto a las prohibiciones consagradas en el artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, señaló:

“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.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación No. [1.985](#) (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

“Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes.” (Subrayado fuera de texto)

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, 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.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en los términos de los artículos 85 y siguientes de la Ley 489 de 1998 hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público (del orden nacional o territorial respectivamente), las disposiciones contenidas en la Ley 996 de 2005 les serán aplicables.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que los cargos vacantes de trabajadores oficiales de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, no podrían considerarse enmarcados como una excepción a la prohibición establecida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, razón por la cual durante los cuatro meses antes de las elecciones, estas entidades no podrán modificar su nómina y por consiguiente no podrán ser desvinculados o vinculados servidores públicos durante el término de la prohibición, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública durante la aplicación de la ley de garantías, o se cumpla la condición resolutoria del contrato a término fijo, en razón a que se considera que el retiro se produce por una razón legal y no por decisión autónoma del director de la misma.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyectó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 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. Referencia: expediente PE-024. Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, "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". Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3. "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."

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:28:30