



Concepto 050971 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000050971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000050971

Fecha: 31/01/2022 11:45:55 a.m.

Bogotá D.C.

REF. LEY DE GARANTIAS -. Radicado. 20222060058252 de fecha 31 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, en la que manifiesta que el día 28 de enero de 2022, se declaró insubsistente un nombramiento, sin que hubiese quedado comunicado, el día siguiente hábil es 31 de enero de 2022, para realizar la comunicación ya estando vigente la Ley de Garantías, por lo cual consulta la procedencia de realizar la comunicación, teniendo en cuenta que se trata de un acto administrativo particular, si es necesaria la comunicación para que quede en firme y por ser un acto discrecional que no admite recurso, de acuerdo con el CPACA todos los efectos se generan con la misma. Me permito indicarle:

De acuerdo a su consulta, ¿de si el Ministerio de Defensa Nacional puede comunicar el acto administrativo de insubsistencia en vigencia de la Ley de Garantías?, se dará respuesta, previas las siguientes consideraciones de orden legal.

La Ley 996 de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado, señaló en los Artículos 32 y 38, 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”.

“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.” (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del Artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el Artículo 9º)

Conforme a los Artículos transcritos, está prohibida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder público durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

Por otra parte el Artículo 38 Ibídem preceptúa lo siguiente:

“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)

Como se observa el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Es importante aclarar que las prohibiciones de los Artículos 32 y 38 anteriormente citados, aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia, tal como lo dispone el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Así fue entendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante sentencia del 17 de febrero de 2006, radicación No. 11001-03-06-000-2006-00019-00(1720) y ponencia del Consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, al considerar lo siguiente:

“En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los Artículos 32, 33 y el parágrafo del Artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley-incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los Artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del Artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del Artículo 38¹.

El hecho de que los Artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del Artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el Artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los Artículos 32 y 33, a las prohibiciones del Artículo 38 parágrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el Artículo 32 de la ley

en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el Artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho Artículo 32".

Conforme a lo dispuesto en el Parágrafo del Artículo 38 de la citada Ley, establece dos excepciones a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad; una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por "muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada", es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad de los referidos Artículos 32 y 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

"(...) Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

"(...)"

"Por último, la Sala 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 parágrafo, 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." (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 definitiva 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, caso en el cual procede el nombramiento en periodo de prueba o encargo.

Es así como, la Ley de Garantías prohíbe modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo, es decir no podrán desvincular o nombrar a empleado alguno.

De otra parte la Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Directiva Unificada 003 de 2011, en la cual precisó las instrucciones que deben atender los servidores públicos en materia de provisión de empleos, así: "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.”

De conformidad con lo anterior, tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia [C-1153](#) del 11 de noviembre de 2005 que se alude en el mismo, 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. Así como declarar insubsistentes cargos de libre nombramiento y remoción, 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 el Alto Tribunal, 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.

Así las cosas, en el evento que el acto de nombramiento o de declaratoria de insubsistencia hayan sido expedidos con anterioridad a la fecha señalada en la Ley 996 de 2005, como término a partir del cual comienza a regir la prohibición de modificar la nómina estatal a que hace referencia el Artículo 38 de dicha disposición legal, quedando pendiente su posesión, en el evento de nombramiento o su notificación, en el evento de declaratoria de insubsistencia, debemos reiterar la posición que sobre el particular ha sostenido esta Dirección Jurídica, en el sentido de considerar viable que el funcionario nombrado tome posesión de su cargo con posterioridad al inicio de la mencionada prohibición, dentro de los términos establecidos para llevar a cabo la misma, teniendo en cuenta que el acto de posesión es una formalidad de naturaleza constitucional, que tiene por objeto comprometer el ejercicio de la función pública por parte de los empleados públicos a los mandatos de la Constitución y la Ley y al cumplimiento fiel de sus funciones, o en el evento de declaratoria de insubsistencia, la notificación es un acto posterior, el cual es procedente realizarlo estando en vigencia la prohibición legal.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera, que respecto a las prohibiciones consagradas en el Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es procedente notificar la declaratoria de insubsistencia estando en vigencia la mencionada disposición legal.

En este orden de ideas, es pertinente precisar, que de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo [23](#) de la Ley 909 de 2004, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley; lo que indica que el nombramiento e insubsistencia del empleo en uno de estos cargos es facultativo del nominador.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del Artículo [41](#) de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el numeral 2 del párrafo 2 de la misma disposición, señalan que el retiro del servicio, insubsistencia del empleo, de libre nombramiento y remoción se produce, entre otros casos, por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento; y la competencia para efectuar la remoción en este tipo de empleo, es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

En consecuencia, los empleados vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que tienen asignadas funciones de dirección y/o confianza dentro de la respectiva entidad pública.

El Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N°: 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), expresó en relación con la insubsistencia de los funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción:

“Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo.”

Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia [C - 957](#) de 1999, sobre los efectos jurídicos de los actos administrativos señaló lo siguiente:

“De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el mismo momento en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante, mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación...”. (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, como se indicó, será necesaria la comunicación del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción, mediante el cual se retira del servicio a su titular, para dar cumplimiento a la decisión adoptada mediante dicho acto administrativo, será necesaria la comunicación del mismo, al respectivo servidor, producirá efectos jurídicos, tanto para la administración como para el servidor.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio al empleado de libre nombramiento al cual se refiere, por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el respectivo empleo, deberá ser comunicado a dicho servidor, sin importar si se encuentra o no en vigencia la Ley de garantías,

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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: Luis Fernando Nuñez.

Revisó. Maia Borja

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:23:18