



Concepto 453821 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000453821

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000453821

Fecha: 17/12/2021 05:57:35 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. Radicado: 20219000708942 del 19 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva la siguiente pregunta:

“De acuerdo a lo establecido en la Ley 996 de 2005 en referencia a la ley de garantías, ¿una empresa industrial y comercial del estado, puede suplir a vacante dejada por un trabajador oficial que solicita licencia remunerada por 3 años en el periodo de ley de garantías?” (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, Ley de Garantías Electorales, en su artículo 32, sostiene:

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 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.

Frente al alcance de la prohibición durante el período electoral, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 32 previamente citado, en sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, afirma:

(...) 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.

(...)

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.

(...).

De conformidad con las normas y jurisprudencia en cita, se prohíbe la modificación de la nómina de los entes territoriales durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. Durante la misma, se suspende cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal; es decir, imposibilita la creación de nuevos cargos y la provisión de los mismos o de los ya existentes. Excepto, cuando se trate de solventar situaciones derivadas de: renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando 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. Para estos casos, en términos de la Corte Constitucional, la vinculación se entenderá como una necesidad de la administración que no puede dejar de ser satisfecha, incluso en periodo de campaña.

Sobre este punto, el Alto Tribunal Constitucional en la Sentencia C-1153, arriba mencionada, define el concepto de inaplazable e imprescindible, así:

Lo inaplazable e imprescindible son conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente.

Por otra parte, para que la garantía sea plena, se hace necesario que la prohibición se aplique para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos manifiesten el interés previsto en el artículo 9º.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la ley de garantías prohíbe a las Entidades Estatales realizar nombramiento en empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular; comicios que se llevarán a cabo el 13 de marzo de 2022 por ende, la prohibición rige a partir del 13 de noviembre de 2021.

Sin embargo, durante este tiempo, la norma permite a las entidades proveer sus empleos cuando se trate de solventar situaciones atribuidas a renuncia, licencia o muerte; deben observar que su provisión sea inaplazable e imprescindible para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Por ende, la administración puede proveer el cargo vacante en razón de la licencia del trabajador oficial siempre y cuanto tal designación sea necesaria para proseguir con el cabal funcionamiento de la entidad.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:19:38