



Concepto 065411 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000065411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000065411

Fecha: 07/02/2022 04:18:14 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Provisión empleo durante la vigencia Ley de Garantías. RADICACIÓN. 20222060070242 de fecha 07 de febrero de 2022.

Reciba un cordial saludo, en atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la viabilidad de realizar la provisión de un empleo de Libre Nombramiento y Remoción (Embajador) durante la vigencia de la Ley de Garantías, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero mencionar que la Ley de Garantías (Ley 996¹ del 24 de noviembre de 2005) tiene por objeto garantizar la transparencia en los comicios electorales y limitar la vinculación y la contratación pública en las entidades de la Rama Ejecutiva. Esta ley en sus Artículos 32 y 33, establece:

“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. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme a lo anterior se puede inferir que la Ley 996 de 2005 lo que prohíbe es que se modifique la nómina estatal por lo que suspende durante los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, cualquier forma de vinculación.

No obstante, por medio de la Circular Conjunta 100-006 de 2021 “ *Aplicación de la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005.*”, El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, manifiestan:

“¿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 los nombramientos que deban hacerse en período 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.

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 nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

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 proveer⁵.

¿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.

A nivel territorial esta prohibición inicia 4 meses antes de las elecciones para el Congreso de la República.

Con todo, para proceder a dicha provisión es condición indispensable 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 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 1 998 y el Artículo 3 de la Ley 1 437 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 afearía 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"¹⁹. (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." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De lo anterior puede concluirse que las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público podrán realizar procesos de ajuste de la planta de personal durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, siempre que ello no implique la modificación de la nómina de la entidad, es decir, ni crear, ni suprimir empleos, 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 entidad.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, 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, será viable la afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, cuando el empleo que se pretende proveer sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración. 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 la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Es importante tener en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación Interna No. 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) de fecha 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.

Elo 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)

Por lo tanto, con respecto al interrogante planteado en su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, la entidad nominadora puede proveer el empleo de Embajador por medio de acto administrativo motivado en las necesidades del servicio, siempre y cuando sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, sea real y verificable la situación de necesidad del servicio y se ajuste a los principios que rigen la función administrativa.

Me permito indicarle que, 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 link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

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.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:36:59