



Función Pública

Concepto 089941 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000089941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000089941

Fecha: 24/02/2022 12:30:34 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. Radicado: 20229000034692 del 19 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

1.- Sin embargo, se ha informado por el Secretario de Hacienda Municipal la necesidad de proveer dos vacantes de empleos de Libre Nombramiento y Remoción por necesidad del servicio. Dichos cargos se encuentran vacantes debido a que fueron creados previo al inicio de la vigencia de la Ley de Garantías. ¿Se pregunta si debidamente justificada la necesidad de servicio, es procedente proveer dichas vacantes mediante nombramiento ordinario?

2.- ¿Se entiende procedente disponer el ajuste de la escala salarial del nivel técnico en vigencia de la Ley de Garantías, dado que dicho ajuste se acordó con las organizaciones sindicales desde el mes de agosto de 2021 o se debe esperar a la finalización de los procesos electorales? ¿Si ello es procedente, es viable jurídicamente que dicho ajuste se efectúe de manera retroactiva desde el primero de enero de 2022?

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, Ley de Garantías Electorales, en sus Artículos 32 y 38, prevé:

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 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.

(...).

A su vez, el Consejo de Estado en Sentencia con radicado número 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, refiere:

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 fin de 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.

(...)

En posterior oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto con radicado número [1.985](#) (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, fue enfática al afirmar:

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.

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, como: *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.*

Finalmente, respecto a la nivelación salarial acordada, se precisa que el término *nivelación* como tal no existe en el ámbito legal; lo procedente es hacer alusión a la reforma de la planta de personal, la cual se sustenta según el Artículo 46 de la Ley 909 de 2004¹, modificado por el Artículo [228](#) del Decreto Ley 019 de 2012², así:

ARTÍCULO 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

De acuerdo con lo anterior, la reforma de una planta de personal de los empleos es un proceso técnico que obedece a necesidades del servicio o a razones de modernización de la Administración. Debe basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, motivarse y fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, de tal forma que las conclusiones del estudio técnico deriven en la creación o supresión de empleos, con ocasión entre otras causas, de fusión, supresión o escisión de entidades.

Una vez adelantada la reforma a la planta de empleos la misma, debe adoptarse en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales con el fin de ajustarlo a los nuevos cambios de empleos, funciones, requisitos, entre otros, efectuados en la reforma.

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

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. La ley de garantías prohíbe a las Entidades Estatales realizar nombramientos 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 sólo 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, aun cuando se hubieran creado nuevos cargos de libre nombramiento y remoción, con anterioridad al periodo de ley de garantías electorales, no resulta procedente su provisión por cuanto, no se está ante los casos exceptuados como renuncia, licencia o muerte.

2. La prohibición de modificar la nómina en la entidad se refiere a la creación, incorporación o desvinculación de cargos. Por consiguiente, en vigencia de la ley de garantías no resulta procedente efectuar la reforma en la planta de empleos del nivel técnico.

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 Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».
2. «Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:56:51