



Función Pública

Concepto 089741 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000089741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000089741

Fecha: 24/02/2022 11:24:36 a.m.

Bogotá

REF. LEY DE GARANTIAS -Modificación plantas de personal. Radicado. 20222060015412 de fecha 11 de enero de 2022

En atención a la comunicación de la referencia, en el que solicita concepto sobre modificación a la planta de personal en ley de garantías, concretamente sí un Gobernador Departamental en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales puede modificar la estructura de la entidad para la creación de la Secretaría de la Equidad y Poder Popular y si podría proveer las vacantes mediante nombramiento ordinario o provisional de los empleos públicos necesarios para cumplir con las funciones de la Secretaría de la Equidad y Poder Popular en ley de garantías. Y adicionalmente si en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías se podría realizar nombramiento ordinario en el empleo público de libre nombramiento y remoción de Director del Instituto para la Formación para el Trabajo y Desarrollo Humano - CAMBIA. Frente a lo anterior, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 de 2005, «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», en relación con las limitaciones a la vinculación de personal por parte de las entidades, señala:

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". (Subrayado fuera de texto)

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.

Es importante aclarar que la prohibición del Artículo 32 aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas. Por lo tanto, estas disposiciones le son aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, toda vez que éstas hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios, tal como lo dispone el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Al respecto, la Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la ley de garantías electorales, emitió la Directiva Unificada número 5 de 14 de mayo de 2007, en la cual señaló:

d. 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.

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido Artículo 32 de la citada ley mediante sentencia C-1153 de 2005, en la cual expresa:

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. (Subrayado fuera de texto)

Así mismo el día 16 de noviembre de 2021 el departamento administrativo de la presidencia de la república DAPRE y el departamento administrativo de la función pública DAFP expidieron la circular conjunta 100-006 de 2021 sobre la aplicación de la ley de garantías electorales - ley 996 de 2005. en la cual se expresó lo siguiente:

(...)

Desde el 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales

y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital tienen las siguientes restricciones:

- 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.

Esta restricción fue modificada por el Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, en el que se autoriza a la Nación a celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que serán objeto de control especial por parte de la Contraloría.

No obstante, el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, en la que resolvió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de ley del presupuesto y ordenó no aplicar la modificación a la ley de garantías hasta que la Corte Constitucional conozca y se pronuncie conforme a sus competencias y facultades respecto de la acción de inconstitucionalidad que se presente contra dicha ley.

Para estos efectos, la sentencia otorgó 30 días hábiles, que no incluyen el periodo de vacancia judicial, para que se continúe aplicando la ley de garantías, sin modificaciones.

- Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

- No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

- No podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, 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 decir, en caso de nombramientos en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

¿A partir de qué fecha empiezan a regir las restricciones señaladas en la Ley 996 de 2005 para vincular personal o modificar la nómina estatal?

- A nivel territorial las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir miembros del Congreso, es decir, a partir de las 00:00 a.m. del 13 de noviembre de 2021. Esto implica que los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 13 de noviembre de 2021.

- Valga precisar que la restricción a nivel territorial se mantendrá hasta la fecha en que se elija presidente y vicepresidente.

¿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.

¿Pueden crearse o suprimirse empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal en vigencia de la ley de garantías?

Podrán efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, en las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, 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 entidad⁶

De conformidad con lo señalado en el Artículo 32 de la Ley 996 de 2005, 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.

A su vez, el Consejo de Estado mediante concepto número 1839 de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, respecto a la prohibición contenida en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades territoriales, señala:

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 el mismo sentido, 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, indica:

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. (...)

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: 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 (6).

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del parágrafo del Artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Sin embargo, como se analizó en el literal anterior, las campañas presidenciales se rigen por las disposiciones del Título II de la ley 996, entre ellas, los Artículos 32 y 33 que están dirigidos a la “rama Ejecutiva del Poder Público” y por ende, a las entidades territoriales y a sus autoridades.

De conformidad con los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de proveer 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.

Para el Consejo de Estado, la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que causales diferentes, aunque den lugar a vacantes definitivas, no habiliten a la autoridad territorial para proveerlas durante los 4 meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia expuestas, se concluye que dadas las restricciones y prohibiciones consagradas en los Artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, no resulta procedente, en vigencia de la ley de garantías, realizar nombramientos en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción; así como tampoco, es viable suscribir contratos de trabajo, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

Así mismo, como quiera que las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, se encaminan a prohibir la modificación de la nómina de los entes territoriales durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, entendiéndose 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, esta Dirección Jurídica considera que durante la ley de garantías electorales no es procedente modificar la estructura de la entidad, ni proveer tales vacantes.

Finalmente, con relación a su última inquietud en la cual pregunta si se podría realizar nombramiento ordinario en el empleo público de libre nombramiento y remoción de Director del Instituto para la Formación para el Trabajo y Desarrollo Humano – CAMBIA, frente a lo anterior, me permito manifestarle que si es por causa de renuncia del titular y si es completamente indispensable para satisfacer necesidades de la entidad, es viable siempre y cuando justifiquen debidamente la necesidad de proveer el respectivo empleo.

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. Harold Herreño.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-01-20 22:37:57