



Función Pública

Concepto 060321 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000060321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000060321

Fecha: 03/02/2022 03:19:32 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Ley de Garantías. TRABAJADORES OFICIALES. Ingreso. Vinculación de trabajadores oficiales durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales. RADS.: 20229000002052 y 20222060002142 del 3 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si es viable nombrar a una persona en un cargo vacante durante la vigencia de la ley de garantías, considerando que la razón de su retiro fue el despido por justa causa, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a la prohibición de modificar la nómina estatal en vigencia de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, el artículo 38 consagra:

"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)

Dispone el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel territorial, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección de cargos de elección popular.

Por lo tanto, durante dicho término:

No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable 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.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia C-1153 de 2005, respecto a las prohibiciones consagradas en el artículo 38 de la Ley de Garantías

Electorales, señaló:

“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 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.” (Resaltado nuestro)

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.839 de julio 26 de 2007, con ponencia de Magistrado Gustavo Aponte Santos respecto al alcance de la prohibición contenida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, señaló:

“III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías.”

De conformidad con las normas y jurisprudencia citadas, la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos; por consiguiente las nóminas de las entidades del Estado no se podrán 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, esto último significa que al presentarse la vacancia en el cargo, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 909 de 2004 se podrá proveer mediante concurso de méritos.

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel territorial.

Así las cosas, se observa que el legislador contempló unas excepciones a la modificación de la nómina, cuando se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se indica que no podrá realizarse la provisión de los cargos vacantes de trabajadores oficiales, pues dicha circunstancia no se considera como una excepción a la prohibición establecida en el artículo 38 de la ley 996 de 2005.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link </eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

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: 2024-09-30 14:28:09