



Concepto 079601 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000079601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000079601

Fecha: 16/02/2022 01:50:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: LEY DE GARANTIAS ELECTORALES. Retiro del servicio y provisión de un empleo vinculado en la Jurisdicción Especial para la paz. Rad. 2022-206-006709-2 del 4 de febrero de 2022.

En atención a su escrito, mediante la cual consulta si las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, relacionadas con la provisión de empleos vacantes son aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1.- La ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, y limitar la vinculación y la contratación pública en las entidades de la Rama Ejecutiva, para el efecto señala las siguientes disposiciones:

“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.

(...)

La Corte Constitucional en la 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.”

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Por su parte, el Consejo de Estado en Concepto Número 1.839 de julio 26 de 2007, Consejero Ponente: 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.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación No. 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 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)

A su vez, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, indica:

“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 de fin 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.

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma.”

(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel nacional y territorial de la Rama Ejecutiva 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.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, se entiende 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 está prohibida la provisión de 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. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, 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.

Del mismo modo se considera que los destinatarios de las restricciones del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 son las entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público, a quienes, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, se restringió la modificación de la nómina de la respectiva entidad; es decir, incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta de personal, salvo, como lo señala la norma, en caso de que se trate de la 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.

Así las cosas, y como quiera que la Jurisdicción Especial para la Paz JEP, como componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (SIVJRNR) no hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ni de ninguna de las Ramas del Poder Público, se colige que no les son aplicables las restricciones para el retiro, nombramiento o modificación de su nómina o planta de personal.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica la Jurisdicción Especial para la Paz JEP podrá proveer las vacantes de personal, incluso durante la aplicación de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, denominada Ley de Garantías Electorales.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyectó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Referencia: expediente PE-024. Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, “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”. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:39:22