



Concepto 150961 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000150961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000150961

Fecha: 21/04/2022 10:18:25 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Requisitos. Radicado: 20222060114302 del 8 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto relacionado con la declaratoria de nulidad de la Resolución 3204 de 2010 por el Consejo de Estado en el que se ordena expedir una nueva lo cual se cumplió mediante la Resolución 20203040011355 de 2020 lo cual genera las siguientes preguntas:

1. ¿Puede la DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, en razón del no cumplimiento de los perfiles exigidos para el ejercicio de un cargo de su planta de personal, declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de quien en la actualidad lo ocupa, sin que se entienda violada la ley de garantías electorales o Ley 996 de 2005?

2. ¿En la vacante definitiva que surge en razón de la insubsistencia anotada, al no existir empleado alguno de carrera administrativa que pueda ser encargada del cargo, puede la administración de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga hacer un nombramiento en provisionalidad mientras se llenan las formalidades de concurso de mérito exigidos, en persona que cumpla los perfiles del empleo sin que se entienda violada la ley de garantías electorales o Ley 996 de 2005, por cuanto el cargo en concreto (i) existe en la planta de personal y, (ii) resulta indispensable para los fines propios de la Entidad y para mantener el Registro de Enseñanza Automovilística y organismos de tránsito para dictar cursos sobre normas de tránsito, cuyo objetivo es instruir al usuario infractor, corrigiendo y mejorando su conducta como usuario de las vías?

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, Ley de Garantías Electorales, en su artículo 38, prevé:

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, 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.

Ello 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.

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. ¿Puede la DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, en razón del no cumplimiento de los perfiles exigidos para el ejercicio de un cargo de su planta de personal, declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de quien en la actualidad lo ocupa, sin que se entienda violada la ley de garantías electorales o Ley 996 de 2005?

R/ En cumplimiento de las disposiciones de la Ley 996 de 2005 respecto a la prohibición de modificar la nómina de la respectiva entidad, esta Dirección Jurídica considera que está prohibida la declaratoria de insubsistencia de un empleado provisional dentro de los 4 meses que preceden a las elecciones a cargos de elección popular y hasta la celebración de las elecciones presidenciales en primera o segunda vuelta, según el caso.

2. ¿En la vacante definitiva que surge en razón de la insubsistencia anotada, al no existir empleado alguno de carrera administrativa que pueda ser encargada del cargo, puede la administración de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga hacer un nombramiento en provisionalidad mientras se llenan las formalidades de concurso de mérito exigidos, en persona que cumpla los perfiles del empleo sin que se entienda violada la ley de garantías electorales o Ley 996 de 2005, por cuanto el cargo en concreto (i) existe en la planta de personal y, (ii) resulta indispensable para los fines propios de la Entidad y para mantener el Registro de Enseñanza Automovilística y organismos de tránsito para dictar cursos sobre normas de tránsito, cuyo objetivo es instruir al usuario infractor, corrigiendo y mejorando su conducta como usuario de las vías?

R/ 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.

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. En este caso, de no ser posible la provisión del empleo mediante encargo, corresponde a la entidad justificar y documentar tanto el retiro como la provisión del empleo.

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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:50:50