



Concepto 105761 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000105761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000105761

Fecha: 10/03/2022 03:47:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEO. Ley de Garantías. Insubsistencia de cargo de Libre Nombramiento y Remoción. RAD. 20229000106872 de fecha 2 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es jurídicamente viable que el Director del INPEC pueda declarar Insubsistente a un Director de Establecimiento, cargo de libre nombramiento y remoción, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones que las entidades territoriales deben tener en cuenta como consecuencia de las elecciones que se efectuaran en el territorio nacional el 27 de octubre de 2019, para asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y miembros de juntas administradora locales, siendo de aplicación 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.

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”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, la CIRCULAR CONJUNTA 100-006 del 16 de noviembre de 2021, emitida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de La República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005, respecto a la contratación estatal, indica lo siguiente:

“¿Puede declararse la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción en vigencia de la Ley 996 de 2005?

Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no podrán declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido.

En las entidades de la Rama Ejecutiva no es posible declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 29 de enero de 2022 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, toda vez que esta causal deriva del ejercicio de la facultad discrecional del nominador e implica la modificación de la nómina estatal, situación que se encuentra restringida para impedir que se utilicen los empleos públicos en favor de un candidato a ocupar un cargo de elección popular o causa política¹²

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ ha afirmado también que en casos absolutamente excepcionales es posible, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, desvincular a un funcionario durante el periodo en el que están en vigencia las restricciones de la Ley 996 de 2005. Así, señaló:

"En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser (sic) burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción. (...)

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar"¹⁴. (Subrayas fuera del texto).

Como puede advertirse, la jurisprudencia ha aceptado que en casos excepcionales se pueda afectar la nómina con miras a proteger el bien jurídicamente tutelado por la Ley de Garantías Electorales." (Se subraya).

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia, que hace parte de la Rama Ejecutiva y, en tal virtud, le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005.

De acuerdo con lo señalado por la Ley, la Jurisprudencia y la Circular Conjunta, esta Dirección considera que, tratándose de un caso o evento excepcional, es viable la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción, para lo cual la administración deberá expedir el respectivo acto administrativo.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:52:40