



## Concepto 100671 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000100671\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000100671

Fecha: 07/03/2022 12:34:37 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: LEY DE GARANTIAS ELECTORALES. Provisión de empleos. RADICACION: 20229000048612 del 25 de enero de 2022.

Respetada señora, reciba un cordial saludo.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta, sobre si es procedente proveer vacantes de libre nombramiento y remoción que están disponibles desde hace 6 meses con ocasión a la renuncia de las personas que ocupaban los mismos, así como también si es permitido proveer vacantes que se generen por renuncia durante la prohibición contemplada por Ley de garantías para efectos de modificar plantas de personal, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre el particular 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.*

(...)

**ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

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)*

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 20051, 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.” (subrayado por fuera del texto).*

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:*

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

*2. 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.” (Subrayado por fuera del texto).*

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.*

Ella 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)

De lo anterior 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, en ese sentido, está prohibida la provisión de cargos que estén vacantes hace seis meses.

Ahora bien de acuerdo con la ley y la jurisprudencia transcritas, se podrán proveer los empleos durante la vigencia de la ley de garantías, cuando 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.

De este modo que, en virtud de los supuestos presentados en su consulta y de la norma transcrita, en criterio de esta dirección se considera que es procedente realizar la provisión de empleos en las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva; siempre y cuando estas se encuentren dentro de las situaciones contempladas por la norma, es decir, 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 aplicación de las normas de carrera, no obstante, dicha justificación deberá adelantarse por la entidad en caso que decida proveer los empleos de libre nombramiento y remoción durante la restricción de la Ley 966 de 2005 (Ley de Garantías).

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 07:59:37