



**Función Pública**

## Concepto 124711 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000124711\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000124711

Fecha: 25/03/2022 11:36:37 a.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEO. Ley de Garantías. Nombramientos. Nivelación salarial. RAD. 20229000117902 del 10 de marzo de 2022.

Cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si durante el período de Ley de Garantías a que hace relación el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, es viable para Fogacoop realice los ajustes o nivelaciones salariales previstos para el cierre de brechas y nivelaciones mencionados, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado, señaló en los artículos 32 y 38, lo siguiente:

“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”.

“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, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.” (Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9)

Conforme a los artículos transcritos, está prohibida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder público durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

Por otra parte, el artículo 38 *Ibidem* preceptúa lo siguiente:

“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)

Como se observa el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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.

Es importante aclarar que las prohibiciones de los artículos 32 y 38 anteriormente citados, aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

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, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

En cuanto a la interpretación de esta norma, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1153 de 2005, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual expresó:

“De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el período en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.

Ahora bien, esta Corporación considera 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, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9.”

(...)

“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 período 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.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos”. (Destacado nuestro)

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia **C-1153** de 2005, 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 período de campaña; es decir, 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.

Ahora bien, las limitaciones contenidas en la Ley **996** son aplicables el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, FOGACOOP, por cuanto a pesar de ser un organismo de naturaleza única, pero que hace parte de la Rama Ejecutiva. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en su concepto No.

“2. Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas -FOGACOOP-

2.1. Pertenencia a la Rama Ejecutiva del Poder Público

El artículo **38** de la Ley **489** de 1998 establece las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, así:

“**ARTICULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:**

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) *Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.* (Negrilla fuera del texto)

Como se observa, además de los tradicionales organismos y entidades centrales y descentralizadas que en su momento contempla la reforma administrativa de 1968, la ley incluye otras formas organizativas que fueron creándose posteriormente para cumplir diversas tareas públicas a cargo de la rama ejecutiva (empresas sociales del estado, empresas oficiales de servicios públicos, etc.); además, se estableció de manera general que forman parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, *“las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”*

En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la misma ley 489 de 1998 señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, además de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, *“las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*

(...)

Ahora bien, en relación con FOGACOOP, el artículo 1 del Decreto Extraordinario 2206 de 1998 establece:

*“ARTÍCULO 1. Creación. Créase el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop, como una persona jurídica de naturaleza única, sujeta al régimen especial previsto en el presente decreto, organizada como una entidad financiera vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En lo no previsto en el presente decreto, serán aplicables al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas las disposiciones vigentes para las empresas industriales y comerciales del Estado (É)*

Pese a que el legislador extraordinario no le asignó a FOGACOOP una categoría jurídica específica dentro de las tradicionales formas de organización administrativa, pues señala que tendrá una *“naturaleza única”*, se puede observar en todo caso que dicha entidad (i) está vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y (ii) se rige, en lo no previsto en el respectivo decreto, por las disposiciones vigentes para las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)

En este orden de ideas, por su vinculación institucional, su capital y funciones públicas y la participación del Gobierno en su administración, para la Sala no cabe duda que se trata de una entidad pública descentralizada del sector hacienda y que, por tanto pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.”

Ahora bien, la consulta está relacionada con una nivelación salarial, figura que no existe en la legislación nacional. En términos generales, en los eventos que la administración persigue modificación en las escalas salariales de sus servidores, suprime algunos cargos y crea otros de mayor remuneración. Sin embargo, FOGACOOP, al ser de naturaleza única y regirse por la legislación del sector privado, la situación debe ser analizada de forma independiente.

Con base en los argumentos expuesto, esta Dirección Jurídica considera que, si para ejecutar el cierre de brechas y nivelaciones mencionados en su escrito no se requiere suprimir cargos y crear unos nuevos, será viable su realización durante la aplicación de la Ley de Garantías. Si, por el contrario, se requiere de la supresión y creación de nuevos cargos, no es procedente realizarlo en esta época. Esta situación debe ser analizada y valorada por el propio FOGACOOP, por cuanto es quien conoce de manera cierta y documentada su situación particular y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

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: 2024-12-12 08:13:18