



Concepto 114801 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000114801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000114801

Fecha: 17/03/2022 11:37:20 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: LEY DE GARANTIAS ELECTORALES. Provisión de empleos. RADICACION: 20222060064912 del 3 de febrero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

"1. De acuerdo a la circular conjunta 100-006 de 2021, con respecto a la vinculación a la nómina estatal, esta refiere que 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, es decir, desde el 29 de enero de 2022 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso, quedando exceptuada de esta restricción lo referente a la defensa y seguridad del Estado. Quisiera conocer los alcances de esta excepción para la Armada Nacional.

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil viene adelantando el concurso de méritos, estando en este momento en firmeza de lista de elegibles para poder posesionar al personal que ganó dicho concurso. Tengo claro que los concursos de méritos están exceptos de la ley de garantías, pero, dentro de este concurso, se deben adelantar acciones afirmativas con aquellos funcionarios que perdieron el concurso y tienen condiciones especiales (padres cabeza de hogar, discapacidad...). Dentro de estas acciones afirmativas, la Armada Nacional tiene algunas vacantes de Libre Nombramiento y Remoción que podríamos aprovechar para dar cumplimiento a mencionadas acciones afirmativas. ¿Podría nombrar a algunos funcionarios con estas características por LNR en ley de garantías, dado que no serían procesos abiertos sino internos?"

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. (Subraya fuera de texto)

(...)

En virtud de la norma transcrita, se debe precisar que, esta hace referencia a las entidades de la rama ejecutiva del poder público que realizan dentro de su objeto y fines las actividades de defensa y seguridad del Estado.

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.” (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:

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

En este mismo sentido, 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:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

En el marco de las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública en lo que se refiere al empleo público de conformidad con el Decreto 430 de 2016 se tiene 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.

Ahora bien, para efectos de dar respuesta a su primer interrogante, sobre el criterio de seguridad y defensa nacional como excepción para la aplicación de la regla contemplada por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 esta Dirección Jurídica se permite indicar que le corresponde a la entidad realizar un análisis interno, sobre las funciones que desempeñan y lo manifestado por la norma y las altas cortes, para efectos de verificar si se encuentran dentro de la excepción contemplada por la Ley 966 de 2005.

No obstante, se debe reiterar que una de las excepciones contempladas a la prohibición para la modificación de las plantas de personal es la de cuando esta obedezca a la aplicación de las normas de carrera administrativa, por lo que si la entidad se encuentra realizando la debida provisión de los empleos ofertados a través de un concurso de méritos no esta incumplimiento el mandato legal, de esto que se puede proveer las vacantes con la lista de elegibles resultado del concurso.

Ahora para efectos de responder su segundo interrogante, se debe indicar que los empleados de libre nombramiento y remoción no se encuentran dentro de las excepciones de la Ley 996 de 2005.

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: 2024-09-30 14:18:51