



Concepto 095101 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000095101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000095101

Fecha: 01/03/2022 03:26:31 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Viabilidad de proveer empleos en vigencia de la ley de garantías, movimientos en la planta de personal. RADICADO: 20222060098702 del 24 febrero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la viabilidad de proveer empleos en vigencia de la ley de garantías, así como movimientos en la planta de personal, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar respecto de las restricciones de la ley de garantías, que la ley 996 de 2005¹, señala:

“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 fuera de texto)

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 por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en el orden nacional, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial.

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.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

“... 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.

(...)

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.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional, se entiende 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. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia definitiva por renuncia irrevocable del cargo debidamente aceptada, muerte o licencia, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco 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 periodo de prueba o a través de encargo.

En este sentido es importante señalar que mediante la Circular Conjunta 100-006 de 2021 de la Presidencia de la República y este Departamento Administrativo², se señala:

“(...) para proceder a dicha provisión es condición indispensable satisfacer los requisitos señalados en el Concepto 2207 del 1o de abril de 2014 del Consejo de Estado³. Así, la Sala indicó:

“El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) “cabal funcionamiento de la administración pública”.

(...)

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

(...)

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia .de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia. de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales: b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1 998 y el artículo 3 de la Ley 1 437 de 2011: c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad: d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad"¹⁹. (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público".

En este orden de ideas, de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, resulta viable la provisión de empleos públicos en vigencia de las restricciones de la Ley de garantías electorales, siempre que logre demostrarse que dicha provisión resulta indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración; es decir, debe probarse la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidades del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

En este orden de ideas podemos concluir en relación con sus interrogantes lo siguiente:

1. Se entiende 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. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia definitiva por renuncia irrevocable del cargo debidamente aceptada, muerte o licencia, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco 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 periodo de prueba o a través de encargo.

De acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, resulta viable la provisión de empleos públicos en vigencia de las restricciones de la Ley de garantías electorales, siempre que logre demostrarse que dicha provisión resulta indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración; es decir, debe probarse la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidades del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

2. De otra parte, si el cargo a proveer se refiere a un empleo de carrera administrativa, se deberá agotar en primer lugar la posibilidad de realizar encargo de los empleos de carrera administrativa de la entidad que cumplan con los requisitos para su ejercicio y posteriormente acudir a la figura del nombramiento provisional, debidamente justificado; sin que se encuentre la posibilidad de hacer el "reintegro" de la servidora en cuestión en este empleo, toda vez que el mismo ya fue cumplido mediante el Decreto 000116 de 2015.

3. De acuerdo con lo señalado tenemos que mediante el Decreto 000116 de 2015 se hizo el reintegro de la señora Lía Johanna Hernández Carrillo en el empleo de "secretario código 440, grado 19", sin que se señale en el acto administrativo en mención la vacancia en la cual se encontraba dicho empleo, pero que según lo manifestado, corresponde a una vacancia temporal, de manera que una vez realizados los

nombramientos productos de las listas de elegibles resultantes de los concursos de méritos adelantados, implicarían para la servidora su retiro. En este sentido es importante señalar que no queda claro cómo es posible que la servidora en cuestión cuente con derechos de carrera administrativa sobre un empleo que fue suprimido⁴, pero que, además, según la sentencia proferida por el Consejo de Estado⁵ “confirma la providencia del Tribunal por la cual declaró la nulidad de la Ordenanza 0075 de 19 de noviembre de 1998 expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, en cuanto suprimió el cargo que Lía Johanna Hernández Carrillo venía desempeñando como Auxiliar Contable código 0620, grado 04”; y además cuyo reintegro para dar cumplimiento a la orden judicial fue hecho al parecer, sobre un empleo en vacancia temporal en la planta de personal de otra entidad pública.

4. Finalmente, de forma general respecto de la posibilidad de nombrar a la servidora en cuestión en un empleo en grados salariales inferiores, es importante indicar que la Corte Constitucional ha establecido que debe haber un movilidad salarial a fin de garantizar que se conserve no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia; por lo tanto, es obligación de la administración, realizar el reajuste o aumento salarial anual dentro de los límites fijados por el Gobierno Nacional, en igualdad de condiciones para todos los empleados.

A su vez, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992⁶ el Gobierno Nacional deberá aumentar la remuneración de los empleados públicos con efectos fiscales a partir del 1 de enero de cada anualidad, con el fin de conservar el poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores bajo mandato constitucional.

De esta manera el derecho al trabajo se ha constitucionalizado, pues muchas de las normas de la Carta se destinaron a protegerlo; así, el artículo 53 establece los principios que deben regir el trabajo como actividad humana por excelencia y entre ellos se encuentra el de la remuneración mínima vital y móvil y el de la irrenunciabilidad a los derechos laboral.

Luego, si el derecho a un salario móvil es de naturaleza constitucional, de orden público y de naturaleza irrenunciable, todo empleado ya sea del sector público o privado, empleado público o trabajador oficial, tiene derecho al menos a un incremento salarial anual.

Así las cosas, no resultaría viable que, a un trabajador, ya sea del sector público o privado se le disminuya su asignación salarial.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por medio de la cual se reconoce la compensación en dinero de las vacaciones a los trabajadores del sector privado y a los empleados y trabajadores de la administración pública en sus diferentes órdenes y niveles”.

2. [/eva/gestornormativo/norma.php?i=173606](#)

3. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

4. Cuando en una entidad del Estado se suprimen cargos desempeñados por empleados con derechos de carrera, éstos tendrán derecho

preferencial a ser incorporados a un empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrá optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalente o a recibir indemnización.

Así mismo, el artículo 2.2.11.2.1 del Decreto 1083 de 2015, reitera lo señalado en el artículo 44 de la ley 909 de 2004, en sentido de los derechos que le asisten a un empleado de carrera frente a la supresión del empleo del cual es titular.

Debe resaltarse que el inciso tercero del mencionado artículo, establece que “De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado en el decreto ley el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera”.

5. Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda -subseccion “a”. consejero ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Bogotá d.c., veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010). no. de referencia: 080012331000199902818 01. no. interno: 2518-08. actor: Lía Johanna Hernández Carrillo.

6. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 12:19:57