



Concepto 223471 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000223471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000223471

Fecha: 06/06/2023 04:49:41 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. TRABAJADORES OFICIALES. Convención colectiva. Radicado: 20232060302502 del 25 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Es posible adelantar concurso interno de cubrimiento de vacantes en sus fases de aplicación de prueba teórica, prueba práctica, examen médico y entrevista durante la vigencia de ley de garantías, sin modificar la planta de personal, ni generar nombramiento de los trabajadores que superen las fases ya mencionadas hasta el 1 de noviembre de 2023, teniendo en cuenta que este proceso responde a un beneficio convencional parametrizado en la compilación convención colectiva de trabajo EMSERFUSA ESP ââ SINTRAEMSDS SUBDIRECTIVA FUSAGASUGA 1973 ââ 2022?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 996 de 2005, «Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones», en relación con las limitaciones a la vinculación de personal por parte de las entidades, 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". (Subrayado 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.

Es importante aclarar que la prohibición del artículo 32 aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas. Por lo tanto, estas disposiciones le son aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, toda vez que éstas hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada ley mediante sentencia C-1153 de 2005, en la cual expresa:

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. (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Consejo de Estado mediante concepto número 1839 de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, respecto a la prohibición contenida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades territoriales, dispone:

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicado número 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, indica:

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. (...)

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 (6).

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Sin embargo, como se analizó en el literal anterior, las campañas presidenciales se rigen por las disposiciones del Título II de la ley 996, entre ellas, los artículos 32 y 33 que están dirigidos a la “rama Ejecutiva del Poder Público” y por ende, a las entidades territoriales y a sus autoridades.

De conformidad con los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de proveer 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.

Para el Consejo de Estado, la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que causales diferentes, aunque den lugar a vacantes definitivas, no habiliten a la autoridad territorial para proveerlas durante los 4 meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, dadas las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, no resulta procedente, en vigencia de la ley de garantías, suscribir o terminar los contratos de trabajo, dentro de los 4 meses que preceden las elecciones de cargos de elección popular, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública. En este sentido y según como lo prevé en su consulta, el concurso es interno, en virtud de lo acordado en convención colectiva; en criterio de esta Dirección Jurídica no afecta las restricciones de la ley de garantías.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:30:55