



Función Pública

Concepto 230511 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000230511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000230511

Fecha: 09/06/2023 02:46:31 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. Prórroga del nombramiento. Radicado: 20232060303212 del 25 de mayo de 2023.

¿Es viable realizar nombramientos en entidades del orden Nacional en vigencia de la ley de garantías? ¿Hasta qué fecha tengo plazo para posesionarme si existe la condición de ley de garantías? ¿O esta condición aplica sí o no y por qué razones para este caso particular?

¿Es procedente solicitar prórroga del nombramiento en periodo de prueba de un empleo?

¿Puede el municipio en ley de garantías efectuar nombramientos en sus vacantes?

¿Es viable que la entidad territorial en vigencia de la ley de garantías realice encargos de los empleos vacantes?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar derechos individuales, ni tiene la potestad legal para dictaminar el cómo y el cuándo deben actuar las entidades; en tanto, las decisiones de las diferentes administraciones son de índole particular. Por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo [28](#) de la Ley [1437](#) de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

En este entendido, a continuación, nos referiremos al marco legal relativo a la ley de garantías y a la prórroga del nombramiento en periodo de prueba, bajo los siguientes preceptos normativos:

Implicaciones de la ley de garantías

La Ley 996 del 24 de noviembre 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», denominada también ley de garantías, establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, así:

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 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.

Estas restricciones aplican a la Rama Ejecutiva del Poder Público de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 32 de la citada Ley, en Sentencia C-1153/05, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos, expresa:

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 periodo 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 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.

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 fuera de texto).

A su vez, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado número 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, dispone:

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones

del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: "los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital", con el de fin evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

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.

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1, 2 y 3 de dicha norma (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con la jurisprudencia en cita, se prohíbe modificar la nómina de las entidades del nivel territorial de la Rama Ejecutiva durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. Entonces, conforme a la Corte Constitucional, tal restricción suspende cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, incluso la imposibilidad de crear nuevos cargos y/o proveer los ya existentes. Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado en qué casos es posible la provisión de cargos, en lo pertinente a 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 estos casos, la Corte Constitucional precisa que la vinculación se entiende como una necesidad de la administración que no puede dejar de ser satisfecha, incluso en periodo de campaña.

Sobre este punto, el Alto Tribunal Constitucional en la Sentencia [C-1153](#), arriba mencionada, define el concepto de inaplazable e imprescindible, como: *conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente.*

Prórroga del nombramiento en un empleo público

El Decreto [1083](#) de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, respecto a la prórroga de la posesión, establece:

ARTÍCULO [2.2.5.1.6](#) Comunicación y término para aceptar el nombramiento. El acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo.

ARTÍCULO [2.2.5.1.7](#) Plazos para la posesión. Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora».

De otra parte, la Ley [4](#) de 1913, al regular lo relacionado con el concepto de días hábiles estableció:

ARTÍCULO [62](#). En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.

De acuerdo con lo anterior, la persona designada en un empleo público tiene 10 días hábiles para aceptar o rechazar el nombramiento contados

a partir del recibo de la comunicación escrita.

Una vez aceptado el nombramiento, la persona debe posesionarse dentro de los 10 días hábiles siguientes los cuales pueden prorrogarse por hasta 90 días hábiles más, cuando la persona no resida en el lugar del empleo o por causa justificada a juicio del nominador; para todos los eventos dicha ampliación debe constar por escrito.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Antes de dar respuesta a los interrogantes planteados, reiteramos que este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse, entre otros, sobre las fechas en que la CNSC o la entidad del orden Nacional debe efectuar el nombramiento, las decisiones que le favorezcan en el ámbito laboral, la obligación del nominador de conceder la prórroga de la posesión y/o el entorpecimiento o la salvaguarda de la gestión administrativa. Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a los interrogantes que condensamos luego de revisar su solicitud de consulta y que entendemos son las preguntas que se ajustan a los temas de competencia de esta Dirección Jurídica, concluyendo:

1.- ¿Es viable realizar nombramientos en entidades del orden Nacional en vigencia de la ley de garantías? ¿Hasta qué fecha tengo plazo para posesionarme si existe la condición de ley de garantías? ¿O esta condición aplica sí o no y por qué razones para este caso particular?

En lo pertinente a la ley de garantías en las elecciones 2023 no aplica a las entidades del orden Nacional, solo a aquellas del orden territorial, entiéndase departamento, municipio o distrito. Sin embargo, y aun si aplicará, dado que se trata del nombramiento en periodo de prueba por haber superado el respectivo concurso de méritos, no hay restricción; en tanto, este se justifica en el cumplimiento a las normas de carrera administrativa.

2.- ¿Es procedente solicitar prórroga del nombramiento en periodo de prueba de un empleo?

En términos del Decreto 1083 de 2015, la persona tiene 10 días hábiles para aceptar el nombramiento; en este caso, la norma permite la prórroga de la posesión hasta por 90 días hábiles a juicio del nominador. En otras palabras, se solicita, por escrito, a la entidad respectiva, y esta decide si concede o no el plazo y por cuánto tiempo.

3.- ¿Puede el municipio en ley de garantías efectuar nombramientos en sus vacantes?

La ley de garantías prohíbe a las entidades estatales realizar nombramientos en empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular; comicios que se llevarán a cabo el 29 de octubre de 2023, la prohibición rige a partir del 29 de junio del mismo año. Sin embargo, durante este término, la norma permite a las entidades proveer sus empleos cuando se trate de solventar situaciones atribuidas a renuncia, licencia o muerte, siempre que su provisión sea inaplazable e imprescindible para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, situación que debe ser verificable por cada una de las entidades según su situación particular.

4.- ¿Es viable que la entidad territorial en vigencia de la ley de garantías realice encargos de los empleos vacantes?

El fin de la ley de garantías es prohibir la modificación de la nómina durante el periodo electoral a efectos de garantizar la transparencia del actuar administrativo y evitar su utilización como medio para la campaña electoral. Sin embargo, el encargo como excepción a las restricciones de la ley de garantías; en tanto no limita a las entidades al uso de esta figura, toda vez que se deriva del cumplimiento de las normas de carrera previstas en la Ley 909 de 2004.

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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública»

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 07:59:00