



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 34591

Fecha: 24/01/2022

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Tema: Entidades **Subtema:** Ley de garantías **RADICACION: 20229000013412** del 11 de enero de 2022

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

“DURANTE LA LEY DE GARANTIAS QUE EMPIEZA A REGIR EL 29 DE ENERO ES POSIBLE MODIFICAR LA NATURALEZA DE UN CARGO EN PROVISIONALIDAD QUE EN EL MOMENTO ES SE ENCUENTRA EN NIVEL ASISTENCIAL Y SE TIENE PROYECTADO MODIFICAR A NIVEL PROFESIONAL, IGUALMENTE SE PIENSA CAMBIAR A LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.”

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías)¹, 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, señala:

“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.”

De conformidad con lo anterior, estas prohibiciones se aplican a todos los organismos y las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Por lo anterior, se infiere que no es posible modificar la naturaleza de un cargo durante la ley de garantías.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional, en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

“...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 parágrafo, 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”.

Por su parte, el Consejo de Estado, mediante Concepto 1839 del julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, respecto de la prohibición contenida en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, señaló:

“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.”

(...)

III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del parágrafo 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.”

Las excepciones a la prohibición consignada en el inciso cuarto del párrafo citado 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.

Ahora bien, en cuanto a su interrogante en particular, desde esta Dirección Jurídica se considera que, de conformidad con la ley y la jurisprudencia arriba referida, no es posible cambiar la naturaleza de un cargo durante la ley de garantías, ya que ello implicaría una modificación a la planta de personal de la entidad – situación expresamente prohibida por la Ley 995 de 2005 durante los cuatro (4) meses que anteceden a las elecciones de cargos de elección popular. Este

año la prohibición rige a partir del 29 de enero de 2022 y hasta la elección presidencial en segunda vuelta, si fuere el caso.

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. Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. *“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.”*

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.