



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 188941

Fecha: 23/05/2022

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. **Radicado: 20229000165072 del 18 de abril de 2022.**

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

¿Es posible realizar nombramientos en encargo en vigencia de la Ley de Garantías?

En caso de que ningún empleado con derechos de carrera administrativa cumpliera con los requisitos para ser beneficiarios de la figura de encargo, ¿Es posible realizar nombramientos en provisionalidad?

¿En vigencia de la Ley de Garantías hay un límite para los movimientos de personal mediante la figura de encargo o nombramientos en provisionalidad?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley [996](#) del 24 de noviembre de 2005, Ley de Garantías Electorales, en sus artículos [32](#) y [38](#), prevé:

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.

Frente al alcance de la prohibición durante el período electoral, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 32 previamente citado, en sentencia [C-1153](#) del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, afirma:

(...) 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 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.

(...).

A su vez, el Consejo de Estado en Sentencia con radicado número 1.839 (1001- 03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, refiere:

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 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.

(...)

En posterior oportunidad, 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, fue enfática al afirmar:

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.

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.

De conformidad con las normas y jurisprudencia en cita, se prohíbe la modificación de la nómina de los entes territoriales durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. Durante la misma, se suspende cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal; es decir, imposibilita la creación de nuevos cargos y la provisión de los mismos o de los ya existentes. Excepto, cuando se trate de solventar situaciones derivadas de: renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando 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, en términos de la Corte Constitucional, la vinculación se entenderá 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.*

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

¿Es posible realizar nombramientos en encargo en vigencia de la Ley de Garantías?

R/ Una de las excepciones a la ley de garantías es proveer empleos mediante encargo, por cuanto tal figura se deriva del cumplimiento de las normas de carrera previstas en la Ley [909](#) de 2004.

En caso de que ningún empleado con derechos de carrera administrativa cumpliera con los requisitos para ser beneficiarios de la figura de encargo, ¿Es posible realizar nombramientos en provisionalidad?

R/ 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. Por ende, solo es posible efectuar nombramientos en provisionalidad, durante este tiempo, 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 para su caso en particular.

¿En vigencia de la Ley de Garantías hay un límite para los movimientos de personal mediante la figura de encargo o nombramientos en provisionalidad?

R/ 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.

Así, tal como lo prevé la Corte Constitucional, en sentencia [C-1153](#) de 2005, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a la provisión de empleos. En ese sentido, sólo es posible la provisión cuando se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Distinto sucede cuando la provisión de empleos se realice mediante encargo, en tanto dicha situación administrativa se deriva del deber de la Administración de acudir a ella antes de proveer el empleo mediante nombramiento provisional, caso en el cual la ley de garantías no limita a las entidades al uso de esta figura, en tanto esta se rige por las normas de carrera.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo â¿ 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 Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

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