



* 2 0 2 3 6 0 0 0 4 8 7 4 1 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000487411

Fecha: 16/10/2023 05:06:07 p.m.

Bogotá D.C.

Señor

REFERENCIA: EMPLEO. VINCULACIÓN E INCORPORACIÓN, en vigencia de la Ley de Garantías – **RADICADO: 20232060850362** del 6 de septiembre de 2023.

Respetado señor, reciba cordial saludo.

Acuso recibo de su comunicación, remitida a este Departamento Administrativo a través del RAD: E-2023-556450, donde comunica lo siguiente: “(...) Solicito muy respetuosamente se me indique si se puede nombrar un docente en carácter provisional en una vereda o centro poblado a 7 horas del casco urbano de un municipio, estando en ley de garantías. cabe recordar que se necesita con urgencia un docente en una institución educativa rural y la educación de los menores prevalece, entonces está sería nuestra petición a ustedes que nos cuenten si se puede en estas fechas, nombrar un docente por necesidad del servicio. Existe la vacante porque el docente se que encontraba en esa vacante renunció hace más de un mes y se requiere contratar uno nuevo para no afectar el normal desarrollo de las actividades académicas de los niños, niñas y adolescentes” (...)

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, La Ley 996 de 2005² consagró en los artículos 32 y 38, Parágrafo, lo siguiente:

“Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. <Artículo **CONDICIONALMENTE** **exequible**> 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”. (Destacado nuestro)

Conforme el artículo en cita, está prohibida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la **Rama Ejecutiva del Poder público** durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

Por otra parte, el artículo 38 *Ibidem* preceptúa lo siguiente:

“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 y negrilla fuera de texto)

Como se observa el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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 (sean del nivel territorial o nacional), 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.

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***

² 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.

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". (Subrayado fuera de texto)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto con radicación interna: 2207 del 1 de abril de 2014³, señaló:

a. Restricciones en materia de modificaciones a la nómina de los entes territoriales en periodos preelectorales. Artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005

El inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 preceptúa:

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

“Párrafo.-. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

(...)

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

³ Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00 (2207) / Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO / Referencia: Limitaciones a la provisión de empleos que afecten la nómina estatal en la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales

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.” (Resalta la Sala)

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 de 2007, sobre este precepto 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 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 (sic) el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos”.

De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la modificación de nómina de los entes territoriales:

- 1) Determinó que la finalidad de la restricción es promover la transparencia del actuar administrativo y garantizar que la provisión de cargos 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.*
- 2) Fijó el alcance de la excepción a la norma restrictiva en relación a la necesidad del servicio.*
- 3) Consideró que las salvaguardas de la restricción, esto es, la posibilidad de proveer los cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y las vinculaciones que se presenten en aplicación de las normas de carrera administrativa, guardan el equilibrio entre la moralidad administrativa y la eficacia de la administración.*

Del artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, destaca la Sala los siguientes elementos:

- (i) Los límites temporales de la restricción*

El término que estableció el artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción sobre la modificación a la nómina en las entidades territoriales fue de cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Esta disposición consagra de manera genérica una serie de prohibiciones aplicables a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley -incluido el de Presidente de la República-. Por tanto, la norma abarca las elecciones presidenciales y las de carácter territorial.

(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

*El artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, con el propósito de garantizar que **no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los 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, como medio para favorecer una campaña electoral.***

(iii) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecta la nómina estatal

En virtud de lo dispuesto en el inciso último del parágrafo 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: (a) la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de 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 2004⁴; y (b) por la aplicación de las normas de carrera administrativa.

(iv) El objeto de la prohibición

Finalmente, el ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”.

a) Los artículos 32 y 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005, fijaron una serie de restricciones respecto de las vinculaciones o modificaciones que se hagan a la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y territorial en época preelectoral o de campaña electoral, cuyo ámbito material se concreta en la imposibilidad de crear nuevos cargos y proveerlos.

b) La finalidad de dichas restricciones es procurar por la transparencia en el actuar administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos.

⁴ Ley 909 de 2004. “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

m) Por muerte;

(...)”

c) En la Ley 996 de 2005, el inciso final del párrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente que la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio. Esa misma excepción se abrió campo frente al artículo 32 de la ley en virtud de la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-1153 de 2005, en la que señaló que es posible proveer los cargos vacantes por renuncia, licencia o muerte cuando estos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

d) El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

En este sentido resulta necesario determinar los alcances de la expresión “*indispensables para el cabal funcionamiento de la administración*”, con el fin de establecer los parámetros que permitan identificar los eventos en los cuales se pueden proveer los cargos vacantes de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, análisis que abordará la Sala a continuación.

2. El criterio de “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*”

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de las previsiones que restringen en periodos preelectorales las vinculaciones y modificaciones a la nómina estatal, la condición para que pueda efectuarse la provisión de los cargos vacantes, consiste en que sean “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*”.

Teniendo en cuenta la expresión utilizada en la Sentencia C-1153 de 2005, solicita el Ministerio consultante determinar los criterios que deben tener en cuenta los nominadores de la Rama Ejecutiva del poder público al momento de tomar la decisión de proveer los cargos vacantes y cumplir con la condición impuesta.

La Sala observa que la expresión “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*” encierra un concepto jurídico que no admite una cuantificación o determinación rigurosa o categórica de antemano o en forma previa⁵. No obstante, este concepto puede y debe precisarse para su aplicación. Su precisión dependerá por una parte de los parámetros que han fijado las normas constitucionales y legales que regulan

⁵ Se trata de acuerdo con la doctrina de un concepto jurídico indeterminado, figura que se traduce en una técnica de control de la discrecionalidad de la administración, según la cual, aparentemente la autoridad puede tener varias alternativas de solución en una actuación a su cargo pero realmente una sola de ellas es la justa y jurídicamente admisible.

de una u otra forma el funcionamiento de la administración y los fines confiados a la misma, y por otra será resultado de la valoración ponderada y razonada que en cada caso corresponda efectuar al nominador en función de los intereses públicos que representa.

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 *“cabal funcionamiento de la administración pública”*.

En efecto, el artículo 209 de la Constitución Política prescribe que la función administrativa está al servicio de los intereses generales e indica los principios que la vinculan en los siguientes términos:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”

El artículo 3 de la Ley 489 de 1998 reiteró la disposición constitucional y además señaló que estos principios servirán como parámetro al momento de evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes. Indica al respecto:

“Artículo 3º.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Parágrafo.- Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular”.

Asimismo, el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, señaló que los principios constitucionales y legales constituyen un criterio

de interpretación para fijar el alcance material de las competencias de las autoridades públicas y consagró los siguientes principios:

“Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

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.” (Subrayado fuera de texto)

En virtud del pronunciamiento anterior, afianza la jurisprudencia que el inciso final del párrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio.

La prohibición del inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la ley 996, busca garantizar que no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los 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, como medio para favorecer una campaña electoral y busca promover la transparencia del actuar administrativo.

Así las cosas, *[e]n vigencia de la restricción no es posible proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de*

las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales⁶.

En ese sentido está prohibida la provisión de 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. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, 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.**

Ahora bien, para el caso de consulta, indica que la provisión de los cargos sería por la “necesidad del servicio educativo para no afectar el derecho a la Educación”. Al respecto, esta Dirección Jurídica considera que en primer lugar, la entidad a la cual se refiere su petición, podrá evaluar la posibilidad de acudir a las opciones que otorgan la Ley que no implica nuevos nombramientos o modificación de la planta de personal prohibido por la Ley de garantías, tales como: nombramientos por concurso docente, utilización de listas de elegibles, redistribución de cargas académicas, asignación de funciones, traslados de personal, encargos, comisiones y demás movimientos de personal docente que permitan garantizar la efectividad en la prestación del servicio educativo.

En el evento de encontrarse ante situaciones urgentes que requieran proveer los cargos para solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, señala la Corte 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.

Para tal efecto, la entidad correspondiente deberá analizar la existencia real y verificable de estas 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. Dicho análisis, se reitera, corresponde a la entidad y deberá expresarlo a través de la motivación del correspondiente acto administrativo.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

⁶ Circular Conjunta 100-006 de 2021 Presidencia de la Republica

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

Cordialmente,



BIBIANA MERCEDES PARRA ARIZA
Directora Jurídica (E)

Proyectó: Jorge González
Revisó: Maia Borja

11602.8.4.