



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 34881

Fecha: 04/02/2022

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO – Provisión. Vacancia. Ley de garantías. Radicado: **20222060022452** del 13 de enero de 2022.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de que una empresa pública pueda realizar contrataciones para suplir una vacante, cuando empiece la ley de garantías, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, aunque en su consulta no relaciona la naturaleza jurídica y el tipo de vacancia del empleo, si se trata de empleos públicos, en la materia, el Artículo 125 constitucional, dispuso lo siguiente:

*“**ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)”.

La Ley 909 de 2004¹, por su parte, expresa:

“ARTÍCULO 23. Clases de Nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”. (Subrayado fuera del texto original)

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015² sobre la provisión de los empleos vacantes definitivos, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

-

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.” (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la normativa que se ha dejado indicada, se tiene en primer lugar que los empleos públicos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de libre nombramiento y remoción, elección popular, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; y para ocupar su titularidad de acuerdo a su naturaleza, los nombramientos serán ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre carreras especiales.

Para esto, y, en segundo lugar, aquellos empleos de libre nombramiento y remoción vacantes definitivos se proveerán mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo el cumplimiento del lleno de los requisitos; los empleos de carrera por su parte, en este tipo de vacancia se proveerán mediante encargo o excepcionalmente en provisionalidad.

En las anteriores condiciones, y abordando su tema objeto de consulta, es preciso abordar lo dispuesto en la Ley 996 de 2005³, a saber:

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...)

PARÁGRAFO. *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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.

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 inciso 4° fuera del texto original)

Frente a la constitucionalidad del inciso 4° del párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia⁴ consideró lo siguiente:

“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.

Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del Artículo 38 será declarado exequible.” (Subrayado fuera del texto original)

De las consideraciones anteriormente citadas, puede interpretarse entonces que la prohibición de modificar la nómina durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular en las entidades territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de entidades descentralizadas de cualquiera de los órdenes, obedece a la garantía de que no se utilice como medio para la campaña electoral y promueva la transparencia del actuar administrativo.

No obstante, a lo anterior, y para su caso en concreto, este párrafo consagra la excepción de la provisión de cargos por faltas definitivas, en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa y la eficacia de la administración; autorizando la vinculación en la nómina de las entidades territoriales dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de cargos de elección popular. Para la Corte, en el caso que se requiera dentro de la administración proveer un cargo por necesidades del servicio, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente, no se trata de un cargo creado dentro de este periodo de campaña, sino deviene de una necesidad permanente de la administración.

Así entonces, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, o es procedente la vinculación de ningún empleado, salvo las excepciones consagradas en la ley.

Ahora bien, si se trata de contrato por prestación de servicios, igualmente no se puede contratar, toda vez que, por tratarse de asuntos relacionados con la contratación estatal, el Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 que comenzó a regir el 29 de enero de 2022, dispone la prohibición de contratar en ley de garantías.

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: Valeria B.

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

2“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

3“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.”

4 Corte Constitucional, Sala Plena, 11 de noviembre de 2005, Referencia: expediente PE-024, Consejero Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

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