



Concepto 034611 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000034611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000034611

Fecha: 07/02/2022 10:19:08 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Tema: Entidades Subtema: Ley de garantías RADICACION: 20222060015992 del 11 de enero de 2022

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que la Superintendencia de Sociedades realizó un rediseño institucional, creando una nueva Dirección dentro de la Delegatura de Supervisión Societaria con el fin de dar cumplimiento al Artículo 70 de la Ley 2069 de 2020, que estableció que la Superintendencia de Sociedades ejercerá a partir del 1º de enero de 2022 las competencias asignadas por la Ley a la Superintendencia de Industria y Comercio para la "inspección, vigilancia y control de las cámaras de comercio, así como las previstas en los Artículos 27, 37 y 94 del Código de Comercio respecto del registro mercantil, el ejercicio profesional del comercio y la apelación de los actos de registros", y en tal sentido, se consulta:

"1. ¿La Superintendencia de Sociedades puede realizar nombramientos en encargo y/o en provisionalidad, una vez se dé por finalizado el proceso de encargo, estando en Ley de garantías, esto es, después del 29 de enero de 2022?

2. ¿La Superintendencia de Sociedades puede posesionar a las personas que llegarán a nombrar en encargo y/o en provisionalidad, estando en ley de garantías?

3. ¿La Superintendencia de Sociedades puede solicitar un permiso para realizar la provisión de los empleos creados en el Decreto 1381 del 2021, estando en ley de garantías?".

Al respecto, 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, señalando lo siguiente:

"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". (Subrayado fuera de texto)

ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. (â¿!).

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los

que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (â¿!)

Parágrafo. (â¿!)

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)

De acuerdo a lo anterior, 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.

Así mismo se estableció 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, 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.

Es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido Artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual expresó:

"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.

(â¿!)

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."

"(â¿!)"

"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". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

A su vez, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, indica:

"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.

(â¿!)

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)

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la Circular Conjunta 100-006 de 2021 expedida por éste Departamento Administrativo y la Presidencia de la República, se señaló:

- Con respecto a la 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, es decir, desde el 29 de enero de 2022 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso.

Queda exceptuada de la anterior restricción, lo referente a:

- La defensa y seguridad del Estado
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres
- Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor,
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

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.

(â¿!"

Â;Qué implica la suspensión de vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal?

En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas¹, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo² indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos

de aplicación de las normas de carrera administrativa, como los nombramientos que deban hacerse en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil³. Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer"⁴.

(â¿!)

Â;En ley de garantías se puede nombrar un empleado en provisionalidad para proveer un cargo vacante?

En 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 provisionales.

(â¿!)

Â;Pueden efectuarse encargos para proveer vacancias definitivas o temporales en vigencia de la Ley de Garantías?

En vigencia de la Ley de Garantías, es viable la provisión de empleos vacantes a través de la figura del encargo a servidores públicos de carrera en los términos de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando las necesidades del servicio lo requieran. Lo anterior, debido a que la designación mediante encargo no afecta ni genera la modificación de la nómina correspondiente y se encuentra dentro de la aplicación de las normas de carrera administrativa⁵." (Destacado nuestro)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en el respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, se entiende 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.

Para el presente caso, si bien en vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, los cargos creados para atender las nuevas funciones asignadas a la Superintendencia de Sociedades en virtud de lo establecido en el Artículo 70 de la Ley 2069 de 2020 se dio en el 2021, es decir, antes de regir las restricciones señaladas en la Ley 996 de 2005.

Ahora bien, la norma exceptúa la prohibición de modificar la nómina cuando 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, como es el caso de nombramientos en período de prueba y encargos.

Lo anterior quiere decir que, en el caso de dar aplicación a las normas de carrera administrativa, no hay restricción alguna para que las entidades y organismos públicos provean las vacantes temporales o definitivas mediante la figura del encargo en los términos de la Ley 909 de 2004, siendo responsabilidad del jefe de la unidad de gestión humana o quien haga sus veces el verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades del empleado que se poseciona en encargo.

No sucede lo mismo, en el caso de realizar nombramientos provisionales, pues no se está ante la aplicación de las normas de carrera, puesto que el empleado provisional no fue seleccionado por concurso de méritos. Se recuerda que el nombramiento en provisionalidad procede como

un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

No obstante, señala la Corte Constitucional que, si se trata de solventar situaciones indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en época de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración y que no puede dejar de satisfacer solo por encontrarse en periodo de campaña.

Así las cosas, dice la alta corporación que, dichos cargos podrán proveerse para evitar la afectación del servicio público, siempre y cuando resulte indispensable para la buena marcha de la administración.

En consecuencia, para responder los interrogantes 1 y 2 de su consulta, como quiera que la aplicación de las normas de carrera administrativa constituye una excepción a las prohibiciones de modificar la nómina de las entidades, la Superintendencia de Sociedades podrá realizar encargos para proveer los respectivos cargos vacantes, siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

En cuanto al nombramiento provisional se recuerda que el mismo procede como un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

En vigencia de la ley de garantías, el nombramiento provisional no es procedente, a menos que esté condicionado a que los cargos a proveer mediante esta modalidad, resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública,

Así las cosas, será la administración la que deberá determinar si los cargos creados a través del Decreto 1381 de 2021 "*por el cual se modifica la planta de personal*", resultan "indispensables" para cubrir una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña, y por ende, deberá proveerlos mediante nombramiento provisional, por no contar con personal para ser encargado o con listas de elegibles para ser utilizada en dicha provisión.

En ese sentido, la administración podrá dar posesión a las personas a las que le realice nombramiento, siendo responsabilidad del jefe de la unidad de gestión humana o quien haga sus veces el verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades del empleado que se poseiona en virtud de los Artículos 2.2.5.1.8 y 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015.

Por último, en cuanto a su interrogante No. 3 en el que pregunta si la Superintendencia de Sociedades puede solicitar un permiso para realizar la provisión de los empleos creados en el Decreto 1381 del 2021, estando en ley de garantías, no se encontró disposición alguna relacionada con este permiso.

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. Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional
2. Concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado
3. En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...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...".

"...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."
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.
5. En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...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..."

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:13:52