



Función Pública

Concepto 107161 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000107161

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000107161

Fecha: 11/08/2014 01:45:45 p.m.

Bogotá D.C.

REF: VARIOS. Es viable terminar de contratos de prestación de servicios en vigencia de la Ley de Garantías. Radicado. 2014206009666-2 del 3 de julio de 2014.

En atención a su consulta de la referencia, mediante la cual plantea la inquietud sobre viabilidad de aplicar las prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, para no dar por terminado un contrato, me permito señalar lo siguiente:

Sea lo primero aclarar que la consulta se analizará en torno a un contrato de prestación de servicios, en razón a que en el escrito no se precisa la clase de vínculo, sino que se limita a señalar que fue contratada por una entidad del Estado.

1.- La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), 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. Esta ley señaló en los artículos 32 y 38, 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 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 fuera de texto)

La Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Directiva Unificada número 5 de 14 de mayo de 2007, en la cual señaló:

“d. 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 fuera de texto)

La Presidencia de la República, mediante Directiva Presidencial No. 11 del 13 de noviembre de 2009, señaló lo siguiente:

“1. Suspensión de vinculación de personal a la Nómina Estatal

1.1 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, se suspenderá cualquier forma de vinculación a 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. Esto es, desde el 30 de enero de 2010 a las cero horas (00:00 a. m.) y hasta la realización de la primera vuelta presidencial (30 de mayo a las 11:59:59 p. m.), o de la segunda vuelta (20 de junio hasta las 11:59:59 p. m.), si a ello hubiere lugar.

1.2 La Rama Ejecutiva del Poder Público, se encuentra conformada por las entidades y organismos establecidos en el artículo 38 de la Ley 489 de 1989.

1.3 De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, 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 cuya provisión sea indispensable 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.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

2.- Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, 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, en la cual expresó:

"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 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.". (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Consejo de Estado mediante concepto número 1839 de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto a la prohibición contenida en el Párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades territoriales, 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." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación N. 1985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

"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. (...)

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por "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 2004 (6).

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Sin embargo, como se analizó en el literal anterior, las campañas presidenciales se rigen por las disposiciones del Título II de la ley 996, entre ellas, los artículos 32 y 33 que están dirigidos a la "rama Ejecutiva del Poder Público" y por ende, a las entidades territoriales y a sus autoridades.

En síntesis, la interpretación armónica de los artículos 32 y 33, inciso segundo, y el último inciso del párrafo del artículo 38, de la ley 996 de 2005, permite afirmar que la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez, no concede, por sí misma, la facultad de proveer la vacante definitiva que ella genera." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

3.- De conformidad con los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de proveer 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.

Para el Consejo de Estado, la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que causales diferentes, aunque den lugar a vacantes definitivas, no habiliten a la autoridad territorial para proveerlas durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Ahora bien, señala la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y la contratación directa y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado, por lo que no es procedente de conformidad con lo señalado en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 suscribir contratos de prestación de servicios, al establecer:

"ARTÍCULO 33.- Restricciones a la contratación pública.- Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

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". (Subrayado fuera de texto)

Para mayor ilustración sobre el tema, adjunto copia de la Circular No. 3 de Agosto 16 de 2013 de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, como ente rector del sistema de compras y contratación pública, en donde establece las pautas a seguir frente a las restricciones en materia de contratación pública en ley de garantías.

Así las cosas, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, lo cual incluye los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, siendo procedente la terminación de los mismos por vencimiento del término contractual.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Director Jurídico (E)

Jaime Jiménez/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:40:48