



Función Pública

Concepto 61601 de 2018 Departamento Administrativo de la Función Pública

20186000061601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000061601

Fecha: 22/02/2018 05:44:43 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIOS.- Declaración de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción del Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia. RAD.2018-206-002788-2 del 24 de enero de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Conforme a los conceptos enviados en precedencia por este Departamento Administrativo, El Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia - CPIQ requiere que se le aclare si es procedente la declaración de insubsistencia de unos servidores nombrados en libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales.

ANÁLISIS DEL CASO

De primera mano debe señalarse que conforme a lo preceptuado por este Departamento Administrativo y lo establecido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en sentencia del 4 de mayo de 2006 radicación No. 11001-03-06-000-2006-00029-01(1730) con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, el Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia - CPIQ es un organismo de naturaleza pública, sin personería jurídica perteneciente al sector central de la administración nacional, que forma parte del sector administrativo de Comercio, Industria y Turismo, en consecuencia el régimen jurídico que le es aplicable a sus actuaciones es de derecho público, por lo tanto la planta de personal se rige por la legislación aplicable al sector central de la Administración.

No obstante, a lo anterior, el Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia - CPIQ carece de capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones de manera que para estos efectos deben proceder a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Ahora bien, la Ley 996 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, 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”.

“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, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.” (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º)

-

Conforme a los artículos transcritos, 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, esto es, desde 27 de enero de 2018 hasta las elecciones presidenciales el día 27 de mayo de 2018 o en su defecto hasta el 17 de junio de 2018, fecha de la segunda vuelta.

Por otra parte, el artículo 38 Ibídem 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 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, 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 aclarar que las prohibiciones de los artículos 32 y 38 anteriormente citados, aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Así fue entendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante sentencia del 17 de febrero de 2006, radicación No.

11001-03-06-000-2006-00019-00(1720) y ponencia del Consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, al considerar lo siguiente:

"En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley-incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38¹.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32".

Conforme a lo dispuesto en el Párrafo del Artículo 38 de la citada Ley, establece dos excepciones a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad; 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.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad de los referidos artículos 32 y 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 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.

"(...)"

"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." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 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. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia definitiva por renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en periodo de prueba o encargo.

Es así como la Ley de Garantías prohíbe modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo, es decir no podrán desvincular o nombrar a empleado alguno.

De otra parte la Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Directiva Unificada 003 de 2011, en la cual precisó las instrucciones que deben atender los servidores públicos en materia de provisión de empleos, así: *“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.”*

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que el Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia – CPIQ al ser un organismo de naturaleza pública sin personería jurídica perteneciente al sector central de la administración nacional, que forma parte del sector administrativo de Comercio, Industria y Turismo, no puede modificar su planta de personal ni efectuar vinculaciones que afecten la nómina, durante la vigencia de la ley de garantías, esto es desde el 27 de enero de 2018 hasta las elecciones presidenciales el día 27 de mayo de 2018 o en su defecto hasta el 17 de junio de 2018, fecha la segunda vuelta.

En estos términos no pueden declarar insubsistente a los servidores nombrados en libre nombramiento y remoción pese a que fue autorizada, en uso de su autonomía para darse sus propios reglamentos, la provisión de sus cargos mediante contratos laborales (régimen privado), en razón a que su naturaleza es pública.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/MLHM/GCJ

12602.8.4

Con copia a:

ALVARO HERNANDO AVILA BELTRAN

Director de Atención Ciudadana

Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana

cgr_atencionciudadana@contraloria.gov.co

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:05:35