

CONCEPTO 38261 DE 2018

(julio 11)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO Vinculación de trabajadores oficiales en ley de garantías

En atención a su consulta, remitida por correo electrónico de fecha 28 de junio de 2018, radicado No. 8-2018-035594, referente al tema de vinculación de trabajadores oficiales en ley de garantías; me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica-Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

Teniendo en cuenta que la situación referida en la solicitud de concepto enmarca una situación particular y concreta sobre un caso específico y su situación, esta Coordinación se abstiene de pronunciarse sobre el caso particular. Igualmente, el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria. En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Señala quien eleva la consulta:

- El 13 de abril de 2018, se solicitó concepto a este Grupo en los siguientes términos:

[...] El artículo [32](#) de la Ley 996 del 2005 – Ley de Garantías, expresa a la letra.

“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.”

El proceso de provisión de las vacantes de trabajadores oficiales implica una fase de concurso para ascenso mediante la cual un trabajador oficial vinculado accede a una vacante de un cargo mayor en salario mediante concurso, lo cual implica una modificación del contrato ya existente

Otra de las fases de provisión de cargos de trabajadores oficiales implica un concurso de méritos con personas externas a la entidad con las cuales se conforma una lista de elegibles, dando lugar a la provisión de las vacantes mediante contratación de los elegibles que ocupen los cinco primeros lugares y que se vinculan por primera vez a la entidad.

Por lo anterior, de manera atenta solicitamos su concepto para establecer si la mencionada prohibición se aplica a este tipo de contratación y a cuál de los casos indicados.

- Igualmente, se solicitó concepto al Departamento Administrativo de la Función Pública por el SENA, en los siguientes términos: “Solicita se conceptúe sobre la viabilidad de proveer vacantes de trabajador oficial, específicamente auxiliar de enfermería y conductor de acuerdo con las necesidades de servicio reportadas por los nominados de las regionales y centros de formación”.

- Se recibió radicación 1-2018-014226, con NIS: 2018-01-156583, de fecha 18 de junio de 2018, dando respuesta a lo pedido por la Función Pública, entre otros, en los siguientes términos:

[...] De tal manera que en el SENA serán trabajadores oficiales, los que se desempeñen en el trabajo de construcción y mantenimiento de los edificios, equipos y demás instalaciones del SENA y adicionalmente, el Auxiliar de concina, Aseador, Mesero, Trabajador de Campo, Operario de Jardinería, Ayudante de mantenimiento, Operario de Almacén, Celador cuando sea de simple vigilancia y no de confianza; Operario de Mantenimiento, Conductor de Vehículos (salvo los conductores de los vehículos asignados a los Directivos de la Entidad); Jardinero, Auxiliar de Enfermería, Tractorista, Trabajador calificado en Agricultura, Ganadería o Industrias Menores, Oficial de Ebanistería, Oficial de Mantenimiento y Operador de Motobomba.

[...] el ingreso de los trabajadores oficiales al Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA se encuentra regulado en el artículo 51 y ss de la Convención Colectiva suscrita entre el SENA y el Sindicato de Trabajadores... Así mismo, los artículos 53 a 64 de la convención colectiva del SENA, establecen los requisitos de los empleos y el procedimiento de la convocatoria para acceder a un cargo de trabajador oficial en dicha entidad.

Por lo tanto, para la provisión de los empleos de trabajador oficial del SENA, se deberá tener en cuenta procedimiento establecido en la convención colectiva vigente y demás instrumentos con que cuente la entidad para el efecto.

- El Grupo de Conceptos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica del SENA, mediante radicado No 8-2018-019603 del 17 de abril de 2014, emitió a solicitud de la Coordinación que consulta, un concepto sobre la viabilidad de proveer cargos de trabajadores oficiales bajo la vigencia de la Ley [996](#) del 2005-Ley de Garantías.

- Con base en el concepto emitido, el Comité Convencional Nacional tomó la decisión de suspender las listas de elegibles de personal no vinculado, teniendo en cuenta que se generaría una afectación a los elegibles dado que la vigencia de las listas es de seis (6) meses. A la luz de lo anterior, esta Coordinación procedió a transmitir a las regionales que generaron las listas, la necesidad de comunicar a los elegibles dicha suspensión.

- A solicitud de los representantes de SINTRASENA al Comité Convencional Nacional, se solicitó un concepto al DAFP, quienes mediante radicado adjunto emitió un concepto en contrario al emitido por el Grupo de Conceptos. (Subraya y negrilla fuera de texto)

-Por lo anterior, el Comité Convencional Nacional identificó dos situaciones que pueden presentarse:

1. Retrotraer la decisión que se tomó de suspender las listas, en este caso los elegibles a quienes se les comunicó la suspensión de las listas de manera oficial, pueden demandar a la entidad, especialmente el primer elegible a quien ya se le ofreció el cargo y los demás elegibles que continúan en lista por que tienen ya una expectativa, que de hecho la entidad les comunico.

2. Si se mantiene la actuación tomada y se vincula al elegible indicado, no se procedería a convocar a concurso externo para proveer el cargo, y de acuerdo lo expresado por el presidente de SINTRASENA, existen aspirantes a la espera de dicho concurso, que probablemente demandarían el concurso por considerar que la lista de elegibles no estaba vigente.

- Cabe aclarar la trazabilidad de la situación en cuanto a fechas:

- Vigencia inicial de la lista: hasta 1 de abril de 2018.

- Suspensión de término inicial: el elegible que ocupa el primer lugar solicito suspensión de términos debido a la suspensión efectuada por Semana Santa, es decir hasta el 9 de abril.

- Solicitud de concepto al Grupo de conceptos: 13 de abril de 2018

- Respuesta: 17 de abril.

- Concepto del DAF: 18 de junio de 2018 (Subraya y negrilla fuera de texto)

- Solicitamos se analice desde el punto de vista jurídico y en cualquier escenario, cuál sería la actuación más conveniente administrativamente para el SENA: Retrotraer la decisión de suspensión o mantener la actuación tomada y vincular el elegible.

- Se deja constancia que la consulta se atiende con la información.

b) ANÁLISIS

En primer lugar es preciso advertir que los conceptos que rinde el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, se hacen en forma general y de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, incorporado por la Ley 1755 de 2015, en el sentido que no vinculan o son de obligatorio cumplimiento.

En segundo lugar, el concepto citado y emitido por el DAFP, radicado No. 1-2018-014226 de fecha 18 de junio de 2018 (fecha esta en la cual ya no tenía efectos la Ley de Garantías), no se contradice con el concepto emitido por el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa. Lo anterior por cuanto la consulta que dio lugar al pronunciamiento de la Función Pública y el concepto por ella emitido, no hacen ninguna referencia o análisis a la Ley de Garantías, la Ley 996 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”.

Contrario censu, en el concepto emitido se hace referencia a la Ley de Garantías, analizando la situación de contratación de trabajadores oficiales, el proceso de selección y la ley de garantías,

oportunidad en la cual se concluyó:

[...] La Ley de Garantías, Ley [996](#) de 2005, suspende cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

- La suspensión de la vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal, implica que en vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo, indispensables para el cabal funcionamiento de la entidad pública, en los términos expuestos.

- Tampoco pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal que involucren creación o supresión de empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal, en otras palabras, procede la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal.

- El proceso convencional que se adelanta para celebrar contrato de trabajo con trabajadores oficiales del SENA, no se encuentra inmerso dentro de las excepciones taxativas de la Ley de Garantías. Por tal motivo, considerando que exista afectación en nómina, puede adelantarse el proceso hasta que se seleccione el elegible, en concordancia con los principios de economía y celeridad que amparan la función pública. No obstante, la celebración de los contratos o provisión de vacantes objeto de la convocatoria, una vez se tiene el elegible, no puede efectuarse en vigencia de la Ley de Garantías.

En consecuencia es viable la suspensión de términos para la celebración de los respectivos contratos de trabajo que dan lugar a proveer el cargo, entre tanto se realiza la elección presidencial en primera o segunda vuelta.

En otras palabras el proceso de selección puede adelantarse en los términos planteados en la norma de la convención colectiva aún en vigencia de ley de garantías; no obstante, cualquier tipo de vinculación de servidores públicos que afecte la nómina estatal, deberá analizarse a la luz de la normatividad vigente en cuanto al periodo de jornada electoral, es decir, como ya se efectuó ante las restricciones de la ley de garantías.

En este orden de ideas, es preciso advertir que en general toda actuación de la administración puede generar un conflicto jurídico o una demanda ante la jurisdicción competente. Ahora bien, cosa diferente es que tenga viabilidad de prosperar y que se ejersa por la entidad la debida defensa, partiendo del hecho según el cual se trata es del cumplimiento de las restricciones establecidas por el legislador, como es el caso de aquellas dispuestas en materia de Ley de Garantías.

Al respecto se reitera lo manifestado frente a las restricciones que estuvieron vigentes hasta el 17 de junio de 2018 pasado, segunda vuelta de elecciones presidenciales:

La Ley de Garantías Electorales consagra una serie de restricciones, como se ha reiterado en conceptos anteriores, así:

1. RESTRICCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES

La Ley [996](#) 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”, se expidió con el fin de dar mecanismos para garantizar la igualdad electoral y el equilibrio entre los candidatos, impedir la utilización del poder de nominación y contratación para presionar el respaldo a campañas políticas. [\[1\]](#)

El objeto de la norma encita es “definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”. (Artículo 1)

En lo que se refiere a la contratación estatal, la normativa tiene restricciones dependiendo si se trata de elecciones presidenciales o de orden territorial, las cuales procedemos a desarrollar a continuación.

1.1 Restricciones en periodo de elecciones presidenciales. Artículo [33](#) de la Ley 996 de 2005

El artículo [33](#) de la Ley 996 de 2005, establece algunas restricciones en materia de contratación pública cuando se están en periodo de elecciones presidenciales, al respecto dispone el artículo:

ARTÍCULO [33](#). RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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. (Negrilla fuera de texto original)

Esta prohibición cobija a todos los entes del Estado, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. De acuerdo con la anterior disposición, el SENA tendrá restringida su contratación directa, incluida la de sus sedes regionales o territoriales, los 4 meses anteriores a las próximas elecciones presidenciales.

En concordancia con lo anterior, el calendario electoral expedido advierte que las próximas elecciones presidenciales se realizarán el 27 de mayo de 2018, por lo cual “el periodo que comprende las (00:00 a.m) de 27 de enero de 2018, hasta las (00:00 p.m) del día que se lleve a cabo la segunda vuelta (en caso que sea necesario)”. En consecuencia, las entidades públicas (independientemente del régimen de contratación aplicable) no podrán celebrar ningún contrato a través de la modalidad de contratación directa, a menos que se encuentren inmersas dentro de alguna de las excepciones anteriormente enunciadas.

Esta misma posición fue adoptada por Colombia Compra Eficiente, a través de la Circular [24](#) del 12 de mayo 2017, en la cual indica al respecto:

[...] La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de

contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. El artículo consagra excepciones para los contratos relativos a la defensa y seguridad del Estado, crédito público y los requeridos para atender emergencias y para la reconstrucción de infraestructura afectada por acciones terroristas, desastres naturales o eventos de fuerza mayor. Esta prohibición cubre a todos los entes del Estado, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. El calendario electoral establece que la primera vuelta de las próximas elecciones presidenciales es el domingo 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente. (Negrilla fuera de texto original)

Toda vez que la Ley de Garantías Electorales, establece prohibiciones, debe interpretarse de manera restrictiva, de tal forma que todas las modalidades de contratación, diferentes a la contratación directa, se encontrarían permitidas.

1.2 Restricciones de Contratación-Convenios Interadministrativos. Artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005.

El artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, estableció restricciones en la contratación para las entidades territoriales en cuanto a la celebración de convenios interadministrativos que ejecuten presupuesto, de manera que si bien, en principio al SENA como entidad del orden nacional no le es aplicable directamente esta disposición, si se obliga a la misma cuando celebre convenios o contratos con dichas entidades territoriales. Al respecto nos permitimos citar el parágrafo del artículo [38](#), el cual dispone:

ARTÍCULO [38](#).

[...]

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.

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. (Negrilla fuera de texto)

Tal como se establece de la lectura de la norma, en materia contractual estará prohibida la celebración de convenios interadministrativos que ejecuten recursos públicos con las entidades de orden territorial allí enlistadas, esto en el periodo de 4 meses antes de las elecciones. No obstante lo anterior, la norma no advierte a qué tipo de elecciones se refiere, de manera que se deberá entender que la restricción aplica 4 meses antes de cualquier elección popular que se realice en el territorio nacional.

Al respecto, de acuerdo con el calendario electoral el 11 de marzo de 2018 se realizarán las elecciones de Congresistas, de manera que deberá contarse la restricción desde el 11 de noviembre de 2017, y se extenderá hasta la fecha de las elecciones presidenciales, toda vez que se traslapan los 4 meses antes de las elecciones de congresistas y los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales.

Esta postura es recogida por Colombia Compra Eficiente, quién en la Circular [24](#) del 12 de mayo de 2017, a través de la cual da alcance a la Circular 3 de 16 de agosto de 2013, la cual fija las pautas para cumplir las restricciones a la contratación pública, señaló:

[...] El calendario electoral establece que las próximas elecciones de congresistas son el 11 de marzo de 2018 y las de Presidente y Vicepresidente el 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital tienen prohibido celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante. (Negrilla fuera de texto original)

1.3 Otras Prohibiciones derivadas de la Ley de Garantías Electorales

De la interpretación del párrafo del artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, se tienen unas prohibiciones adicionales a las ya expuestas en materia electoral, tales como:

- 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.
- Inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos.
- 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.
- Modificar la nómina de la entidad estatal salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptado.^[2]

2. RESTRICCIONES A LA NÓMINA

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. Dispuso la norma en comento:

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. (Subraya fuera de texto)

El artículo siguiente, artículo [33](#) establece:

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. (Subraya fuera de texto)

A su turno dispuso el artículo [38](#):

ARTÍCULO [38](#). Prohibiciones para los servidores públicos.- A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

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.

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 participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro 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" (Resalta la Sala y Subraya fuera de texto).

En cuanto a la limitación a la vinculación de personal o modifican de la nómina estatal, de acuerdo con la Cartilla expedida por la Función Pública, podemos señalar:

- La fecha a partir de la cual empiezan a regir las restricciones de la Ley [996](#) de 2005 son:

a) A nivel territorial a partir de las 00:00 a.m. del 11 de noviembre de 2017. Es decir, que los Gobernadores, Alcaldes municipales o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas el orden municipal, departamental o distrital, no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 11 de noviembre de 2017.

b) A nivel nacional, a partir de las 00.00 horas del 27 de enero de 2018, es decir que los nominadores de las entidades de la rama ejecutiva del poder público no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 27 de enero de 2018.

- La suspensión de la vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal, implica que en vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo, indispensables para el cabal funcionamiento de la entidad pública.

- La suspensión de la nómina estatal no aplica a la provisión del empleo de Jefe de Control Interno en de nivel territorial, pues se requiere para suplir una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha al configurarse una causal legal de retiro por la expiración del periodo fijo previsto en los artículos [8](#) y [9](#) de la Ley 1474 de 2011, que para fue el 31 de diciembre de 2017.

- Es viable la provisión de cargos vacantes a través de la figura del encargo (que no aplica para trabajadores oficiales sino para empleados públicos, aun cuando ambos son servidores públicos) pues no existe modificación de nómina y el encargo se encuentra dentro de las figuras de carrera administrativa.

- Tampoco pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal que involucren creación o supresión de empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal, en otras palabras, la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecta la nómina estatal, se refiere también a la imposibilidad de crear cargos y proveerlos.

- No puede declararse a nivel nacional o territorial, la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha que se elija Presidente de la República. En las entidades de la Rama Ejecutiva tampoco es posible declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción, desde el 27 de enero de 2018 y hasta el día en que el Presidente de la República sea elegido.

Lo anterior por cuanto este proceder se deriva de la facultad discrecional del nominador e implica la modificación de la nómina estatal, situación que se encuentra restringida para impedir que los empleos públicos se utilicen en favor de un candidato a ocupar un cargo de elección popular o para una causa política^[3].

- La causal de retiro por obtención de la pensión de jubilación o vejez, por sí misma, no permite proveer la vacante, pues por aplicación restrictiva de las normas que contienen excepciones, aunque quien se pensiona da lugar a una vacante definitiva, no habilita a la autoridad para proveer el cargo durante los 4 meses antes de la elección popular.

- En el mismo sentido, no puede por periodo de vacaciones, que dan lugar a una vacancia temporal, entender habilitado al nominador para contratar un trabajador oficial para dicho periodo.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-1153 de 2005, respaldando varias de las tesis planteadas, sostuvo:

[...] NÓMINA ESTATAL EN CAMPAÑA PRESIDENCIAL-Suspensión de vinculaciones durante el período que candidato presidente esté en campaña. 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. Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación. 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.

[...] El artículo [32](#) indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

[...] 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.

[...] 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. (Subraya fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Concepto No. 2182 de 2013, señaló:

[...] El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo [32](#) de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión "Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal".

[...] Es decir que en el evento en que se presenten cargos vacantes en las de personal de las entidades públicas por renuncia, licencia o muerte de persona que lo desempeña, para solventar esa situación pueden hacerse los nombramientos correspondientes cuando quiera que resulten indispensables para la buena marcha de la administración.

[...] 4. Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal. Los sujetos destinatarios de la restricción deberán suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal que manejen durante el término antes indicado en que opera la restricción, salvo en los siguientes casos: (i) defensa y seguridad del Estado; (ii) crédito público; (iii) para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) 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, (v) las vinculaciones de las entidades sanitarias y hospitalarias. Cabe advertir que son los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, nacionales y territoriales, con funciones atinentes a los asuntos y eventos a que hacen referencia estas excepciones taxativamente señaladas en el inciso segundo del artículo [33](#) de la Ley 996 de 2005, los que podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.

[...] Por consiguiente, al vencimiento de su respectivo período, los Jefes de Control Interno del nivel territorial que estén ejerciendo las funciones a 31 de diciembre de 2013 deben retirarse del cargo y, en consecuencia, resulta procedente la designación en propiedad en estos cargos a partir del 1 de enero de 2014 por un nuevo periodo de cuatro años. (Subraya fuera de texto)

Conforme con lo anteriormente expuesto, en materia de contratación se encuentran como excepciones en la Ley de Garantías:

- La defensa y seguridad del Estado
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir la 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, y
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias
- Los gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración

Confirmando lo expuesto la Función Pública, en Concepto No. 20156000110311 de fecha 02 de julio de 2015, señaló:

[...] 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.

[...] De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que en vigencia de la Ley de Garantías es viable efectuar la provisión de un cargo que se encuentre vacante, siempre que esta situación se produzca por renuncia, licencia o muerte del empleado titular, y solo con el fin de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, que estén previamente justificadas.

Por otra parte, en relación a las vacaciones, señalamos que si bien estas situaciones dan lugar a una vacancia temporal, se considera que la aplicación restrictiva de las excepciones antes señaladas, no habilita a las entidades u organismos públicos para contratar nuevos trabajadores oficiales con el fin de proveer el cargo durante los cuatro meses anteriores a las elecciones.(Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, se advirtió:

[...] Como ya se advirtió, las restricciones contenidas en la Ley [996](#) de 2005 aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado de las entidades territoriales, durante dicho término:

- No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias 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, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

En este orden de ideas, lo que no se excepciona expresamente se encuentra cobijado por las restricciones contenidas en la Ley de Garantías mientras se encontraba vigente (hasta el 17 de junio de 2018 a las 12m) más aún si conlleva la afectación de nómina de la entidad estatal en los términos planteados.

c) CONCLUSIONES

-Los conceptos que rinde el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, se rinden en forma general^[4] y de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011^[5], incorporado por la Ley 1755 de 2015, en el sentido que no vinculan o son de obligatorio cumplimiento.

-Se considera que el concepto citado y emitido por el DAFP, radicado No. 1-2018-014226 de fecha 18 de junio de 2018 (fecha esta en la cual ya no tenía efectos la Ley de Garantías), no se contradice con el concepto emitido por el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa. Lo anterior por cuanto la consulta que dio lugar al pronunciamiento de la Función Pública y el concepto por ella emitido, no hacen ninguna referencia o análisis a la Ley de Garantías, la Ley 996 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”. En otras palabras se trata de dos consultas diferentes y por tanto de respuestas disímiles. (Esto conforme con lo informado por quien consulta y lo indicado por el DAFP)

- En consecuencia, se ratifica lo manifestado en su oportunidad en el concepto referido, al no encontrar nuevos elementos de hecho o de derecho que modifiquen los supuestos fácticos que dieron lugar a su emisión.

- Sea la decisión que tome la Administración en ejercicio de su autonomía administrativa, puede verse avocada a demandas en instancias judiciales, lo importante es que la decisión se encuentre fundamentada en la ley y la jurisprudencia, de tal forma que se disminuya el riesgo de tener una condena en contra por dicho asunto, así mismo que se cuente con una defensa judicial idónea.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley 1755 de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil, Radiación número: (1731), M. P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE.

2. Beltran, Jorge Hernán. Antología Jurídica en Materia Contractual. 2015.

3. Consejo de Estado. Sentencia No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

4. Resolución [1381](#) de 2013, "por la cual se reorganizan los Grupos de trabajo en la Dirección Jurídica del SENA y se establecen sus funciones" son funciones del Grupo: 1. Elaborar y absolver consultas jurídicas de carácter general, sobre asuntos que correspondan al giro normal de actividades del SENA y en materias tales como contratación estatal, derecho administrativo, entre otros. [...]

5. Ley 1437 de 2011. Artículo [28](#). Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

