



El servicio público
es de todos

Función
Pública

CIRCULAR CONJUNTA 100-006 DE 2021

(noviembre 16)

DE: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

PARA: MINISTROS, DIRECTORES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, SUPERINTENDENTES, GERENTES Y DIRECTORES DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL ORDEN NACIONAL, GOBERNADORES, ALCALDES MUNICIPALES Y/O DISTRITALES, SECRETARIOS, GERENTES Y DIRECTORES DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN MUNICIPAL, DEPARTAMENTAL O DISTRITAL.

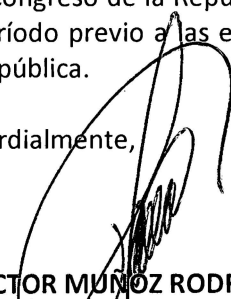
ASUNTO: APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – LEY 996 DE 2005.

FECHA: 16 DE NOVIEMBRE DE 2021

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en coordinación con el Departamento Administrativo de la Función Pública, elaboraron el documento “Restricciones en la nómina y en la contratación estatal con ocasión de las elecciones a la Presidencia, Vicepresidencia y Congreso de la República”.

En consecuencia, con el fin de brindar una guía que permita dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 996 de 2005, se anexa a la presente Circular el documento Restricciones en la nómina y en la contratación estatal con ocasión de las elecciones a la Presidencia, Vicepresidencia y Congreso de la República, para que sea observada en todas las actuaciones que se realicen en el período previo a las elecciones para Congreso de la República, Presidente y Vicepresidente de la República.

Cordialmente,


VÍCTOR MUÑOZ RODRÍGUEZ

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA


NERIO JOSÉ ALVIS BARRANCO

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA



RESTRICCIONES EN LA NÓMINA Y EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON OCASIÓN DE LAS ELECCIONES A LA PRESIDENCIA, VICEPRESIDENCIA Y CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales promueve el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa y fue expedida para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para los electores.

En este sentido, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 996 de 2005, el objeto de la misma es definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, 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.

En este orden de ideas, y como quiera que en el marco jurídico actual no aplica la reelección presidencial, se considera procedente dar cumplimiento a las normas de manera diferenciada, de tal manera que se cumpla el objetivo de la misma.

De esta manera, la Ley de Garantías Electorales circunscribe sus prohibiciones a las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular, para: a) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, b) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, c) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, d) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, e) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador, y f) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.

Su propósito es afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales y que tanto los candidatos como los electores, aprovechen en igualdad de condiciones los recursos ofrecidos por el Estado, de manera que la voluntad popular se exprese sin obstrucciones de ningún tipo y que la decisión del pueblo se vea reflejada en la persona elegida para ocupar el cargo de autoridad que se disputa.

En ese contexto, la ley establece unas restricciones al ejercicio de la función gubernamental como garantía del equilibrio y la transparencia del actuar administrativo en medio del debate electoral, y con ello evita que la nómina estatal o la contratación directa se utilicen como medio en la campaña electoral para favorecer a uno o varios candidatos.

A continuación, se presentan las respuestas a las preguntas frecuentes que las entidades, los servidores y los ciudadanos formulan frente a la aplicación de la Ley de Garantías de 2005, con el fin de orientar la adecuada toma de decisiones en el ámbito de la administración pública.



¿Cuáles son las elecciones que se llevarán a cabo en el 2022 y cuándo tendrán lugar?

De acuerdo con el calendario electoral, el próximo año se celebrarán las siguientes elecciones:

- ❖ Para elegir miembros del Senado y la Cámara de Representantes, las elecciones serán el 13 de marzo de 2022.
- ❖ Para elegir Presidente y Vicepresidente de la República las elecciones serán el 29 de mayo de 2022. Si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos se celebrará una nueva votación (segunda vuelta) el 19 de junio de 2022, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones.



¿Cuáles son las restricciones que consagra la Ley 996 de 2005 durante la campaña presidencial y a cargos de elección popular?

La Ley de Garantías consagra una serie de prohibiciones y restricciones, así:

Prohibiciones durante la campaña presidencial:

- ❖ Durante la campaña presidencial no se pueden aumentar los recursos destinados a la publicidad del Estado. La publicidad del Estado no se podrá utilizar como propaganda política de los candidatos o partidos políticos o movimiento políticos o sociales. La prohibición de "Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley."

- ❖ 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.

- ❖ Se restringe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado desde el día 29 de enero de 2022 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso. Es de anotar que no hay restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones y la cesión de los contratos suscritos antes del 29 de enero de 2022¹, todo de conformidad con los principios de planeación, transparencia y de responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993, y demás normas que resulten aplicables a cada caso.
- ❖ Ningún candidato, a título personal directa o indirectamente, desde el momento de su inscripción, podrá contratar, alquilar, producir y/o dirigir programas de género periodístico en medios de comunicación social.

Prohibiciones especiales durante la campaña para cargos de elección popular:

Desde el 13 de noviembre de 2021 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 las siguientes restricciones:

¹ De conformidad con la Circular externa No. 24 del 12 de mayo de 2017 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-.

- ❖ 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.

Esta restricción fue modificada por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, en el que se autoriza a la Nación a celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que serán objeto de control especial por parte de la Contraloría.

No obstante, el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, en la que resolvió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de ley del presupuesto y ordenó no aplicar la modificación a la ley de garantías hasta que la Corte Constitucional conozca y se pronuncie conforme a sus competencias y facultades respecto de la acción de inconstitucionalidad que se presente contra dicha ley.

Para estos efectos, la sentencia otorgó 30 días hábiles, que no incluyen el periodo de vacancia judicial, para que se continúe aplicando la ley de garantías, sin modificaciones.

- ❖ 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.
- ❖ No podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, 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 decir, encaso de nombramientos en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

LIMITACIONES A LA VINCULACIÓN DE PERSONAL O MODIFICACIÓN DE LA NÓMINA ESTATAL



¿A partir de qué fecha empiezan a regir las restricciones señaladas en la Ley 996 de 2005 para vincular personal o modificar la nómina estatal?

- ❖ A nivel territorial las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir miembros del Congreso, es decir, a partir de las 00:00 a.m. del 13 de noviembre de 2021. Esto implica que los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 13 de noviembre de 2021.
- ❖ Valga precisar que la restricción a nivel territorial se mantendrá hasta la fecha en que se elija presidente y vicepresidente.
- ❖ A nivel nacional las restricciones empiezan a regir 4 meses antes de las elecciones para elegir Presidente y Vicepresidente de la República, es decir, a partir de las 00:00 horas del 29 de enero de 2021. Esto implica que los nominadores en las entidades de la rama Ejecutiva del poder público en sus órdenes nacional, no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 29 de enero de 2021.



¿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 definitivas², salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo³ 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 Civil⁴. Tampoco

² Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional

³ Concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

⁴ 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

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"⁵.



¿Pueden crearse o suprimirse empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal en vigencia de la ley de garantías?

Podrán efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, en las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, siempre que ello no implique la modificación de la nómina de la entidad, es decir, ni crear, ni suprimir empleos, toda vez 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 su provisión, así como a la incorporación y desvinculación de persona alguna de la planta de la respectiva entidad⁶.

De conformidad con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, 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.

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."

⁵ 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.

⁶ Conceptos No. 1985 de 2010 – Adición – y No. 1846 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.



¿La suspensión de la nómina estatal aplica en la provisión de los empleos de jefes de control interno del nivel territorial?

No aplica, en razón a que el Consejo de Estado ha señalado que la expiración del período fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de suerte que habilita la designación de su reemplazo por parte del nominador territorial, a pesar de encontrarse en curso la campaña electoral de un cargo de elección popular, toda vez que, en este caso, no se trata de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina, sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio. De esta manera, será procedente la provisión del empleo de jefe de control interno en el nivel territorial, dado que 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, de acuerdo con lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011⁷.



¿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.



¿Es procedente efectuar nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales?

De acuerdo con las restricciones y prohibiciones consagradas en la Ley 996 de

⁷ En el concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se afirmó:

"...Así, la expresión "falta definitiva" no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario."

2005, 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.

A nivel territorial esta prohibición inicia 4 meses antes de las elecciones para el Congreso de la República.

Con todo, para proceder a dicha provisión es condición indispensable satisfacer los requisitos señalados en el Concepto 2207 del 1º de abril de 2014 del Consejo de Estado⁸. Así, la Sala indicó:

"El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) "cabal funcionamiento de la administración pública".

(...)

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

⁸ 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.

(...)

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad"⁹. (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público.



¿Es procedente efectuar nombramientos como consecuencia de un concurso de méritos de carrera administrativa durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales?

Resulta procedente efectuar nombramientos como consecuencia de un concurso de méritos de carrera administrativa durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, pues esta circunstancia constituye una excepción a las restricciones allí señaladas.



¿Puede proveerse un empleo vacante por pensión del titular en vigencia de la Ley 996 de 2005?

En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 con los condicionamientos de la sentencia C-1153 de 2005, la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o vejez, por si misma, no permite proveer la vacante correspondiente. 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 para proveerla durante los 4 meses anteriores

⁹ Ibídem.

a las elecciones a cargos de elección popular¹⁰.



¿Es procedente prorrogar la posesión a una persona que fue nombrada con anterioridad a la entrada en vigencia Ley de Garantías Electorales?

Es procedente prorrogar el plazo de la posesión de una persona que fue nombrada con anterioridad a la fecha de iniciación de la prohibición contenida en la Ley de Garantías Electorales, en razón a que la provisión se efectúa mediante el nombramiento y el acto de posesión es una formalidad.



¿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 administrativa¹¹.



¿Resulta factible realizar traslados en vigencia de la ley de garantías?

En vigencia de la Ley de Garantías es factible realizar traslados para proveer las vacantes definitivas para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Lo anterior, debido a que este movimiento de personal no genera la modificación de la nómina correspondiente.



¿Puede declararse la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción en vigencia de la Ley 996 de 2005?

Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y

¹⁰ Concepto No. 1985 de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

¹¹ 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..."

directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no podrán declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido.

En las entidades de la Rama Ejecutiva no es posible declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 29 de enero de 2022 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, toda vez que esta causal deriva del ejercicio de la facultad discrecional del nominador e implica la modificación de la nómina estatal, situación que se encuentra restringida para impedir que se utilicen los empleos públicos en favor de un candidato a ocupar un cargo de elección popular o causa política¹².

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ ha afirmado también que en casos absolutamente excepcionales es posible, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, desvincular a un funcionario durante el periodo en el que están en vigencia las restricciones de la Ley 996 de 2005. Así, señaló:

“En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser (sic) burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción. (...)”

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral

¹² Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792- 01(0481-10). Igualmente, en otra oportunidad la Sección Segunda indicó: “Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. (...) Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedía modificar la nómina de la entidad, al tenor del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria. Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2006- 04197-01(0461-09).

que la misma ley pretende evitar”¹⁴. (Subrayas fuera del texto).

Como puede advertirse, la jurisprudencia ha aceptado que en casos excepcionales se pueda afectar la nómina con miras a proteger el bien jurídicamente tutelado por la Ley de Garantías Electorales.



¿Es viable declarar la insubsistencia de un empleado provisional en ley de garantías?

Resulta improcedente declarar la insubsistencia de un empleado provisional estando en vigencia la Ley de Garantías¹⁵. Sin embargo, si se trata de situaciones como la provisión del empleo de manera definitiva luego de un concurso de méritos o como resultado de un proceso disciplinario adelantado contra el empleado, el nominador podrá disponer su retiro del servicio.



¿Es viable terminar el contrato a término fijo de un trabajador oficial estando en vigencia la Ley de Garantías Electorales?

Resulta procedente terminar el contrato a término fijo de un trabajador oficial estando en vigencia la Ley de Garantías, toda vez que la desvinculación del trabajador oficial se rige por el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno y las normas que lo regulan. En los contratos de término fijo, el acuerdo extintivo se concibe desde el mismo instante en que los contratantes han consolidado el acuerdo de voluntades¹⁶.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10). Igualmente, en otra oportunidad la Sección Segunda indicó: “Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. (...) Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedía modificar la nómina de la entidad, al tenor del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria. Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2006- 04197-01(0461-09).

¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

¹⁶ Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

¿Es viable retirar del servicio a un empleado público que llega o cumple la edad de retiro forzoso, en el marco de la ley de garantías?

Es viable que las entidades adelanten las actuaciones tendientes a retirar del servicio a un funcionario que cumpla la edad de retiro forzoso en vigencia de la Ley de Garantías. La edad de retiro forzoso es un impedimento para desempeñar cargos públicos, en los términos del artículo 2.2.11.1.7 del Decreto 1083 de 2015.

Cuando se trate de un contrato celebrado por término indefinido o sin fijación de término alguno, no resulta procedente terminar el contrato en vigencia de la Ley de Garantías¹⁷.

¿Una sociedad de economía mixta a la cual se le aplica la Ley 996 de 2005 puede hacer incrementos salariales a los empleados que se encuentran vinculados dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones?

Una sociedad de economía mixta a la cual se le aplica la Ley 996 de 2005 puede realizar incrementos salariales a los empleados, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, teniendo en cuenta los límites máximos de la asignación básica mensual fijados por el Gobierno Nacional en los decretos que anualmente expide.

Dentro de la noción de modificación de la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se encuentra la de efectuar los incrementos salariales anuales de los empleados vinculados, lo que es un derecho del trabajador.

¿En caso de elecciones atípicas de alcalde ¿es pertinente una medida de carácter excepcional frente a las disposiciones del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo relativo a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular?

De acuerdo con el Consejo de Estado¹⁸, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por regla general, los alcaldes electos en elecciones

¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

¹⁸ Concepto No. 2366 del 20 de febrero de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

atípicas, no pueden modificar la nómina de la Alcaldía en la época preelectoral. Sin embargo, podrá hacerlo, excepcionalmente, en el caso de la aplicación de las normas de carrera administrativa y de la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos.

Por lo tanto, de llegarse a proveer un cargo por la citada autoridad, este debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Siguiendo los parámetros fijados por el Consejo de Estado en 2014¹⁹, la decisión que se tome en ese sentido debe:

- i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.
- ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.
- iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, de acuerdo con el Consejo de Estado²⁰ en lo que respecta a la facultad de remoción, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, los mandatarios locales, excepcionalmente, podrían remover a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo.

Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público, de conformidad con los criterios trazados por la Sala en el año 2014.

¹⁹ 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.

²⁰ Concepto No. 2366 del 20 de febrero de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

¿Cuáles son las restricciones en materia de contratación estatal en aplicación de la Ley 996 de 2005?

En materia de contratación estatal existen dos restricciones: La primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.

Sin embargo, mediante la Ley 2159 de noviembre 12 de 2021, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2022, se dispuso en su artículo 124 que, con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de su publicación y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, modificando únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Así mismo, debe resaltarse que el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, respecto de la Acción de Tutela instaurada por un ciudadano dentro del expediente No. 11001-33-34-003-2021-00354-00, en la que se decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de la ley 096 de 2021 Senado y 158 de 2021 Cámara, "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022", por desconocer el principio de reserva y afectar de manera grave los principios de imparcialidad e igualdad electoral.

Como consecuencia de lo anterior, el juez de tutela ordenó al Presidente de la República y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, restricción que solo estará vigente hasta que la Corte Constitucional conozca de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad que se adelante en contra de la disposición normativa mencionada.

¿Qué implica la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

La Ley de Garantías prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y

directores de Entidades Estatales del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta lo precisado en anteriormente en relación con la expedición de la Ley 2159 de 2021, así como lo señalado por el juez de tutela en la sentencia de noviembre 9 de 2021.

En este periodo se pueden celebrar convenios interadministrativos en los cuales no intervengan entidades del orden territorial que no impliquen la ejecución de recursos.



¿A partir de qué fecha empieza a regir la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

Según el calendario electoral, a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual 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 no pueden celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, independientemente de la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

No obstante, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que autorizó la celebración de esta clase de convenios entre la nación y las entidades territoriales para la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que deben contar con el control especial que disponga la Contraloría.

El Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, en la que resolvió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de ley del presupuesto y ordenó no aplicar la modificación a la ley de garantías hasta que la Corte Constitucional resuelva de fondo las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra dicha ley.



¿Qué implica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

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. A través de la modalidad de contratación directa se celebran, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, arrendamiento de inmuebles y contratos con proveedor exclusivo.



¿A partir de qué fecha empieza la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

A partir del 29 de enero de 2021 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente.



¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

Aplica a todos los entes del Estado, de todas las Ramas del Poder Público pertenecientes al nivel nacional y territorial.



¿Existen excepciones frente a la restricción para celebrar contratos directamente?

Se exceptúa 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, y
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias



¿Las restricciones a la contratación directa aplican a prórrogas o modificaciones de contratos?

La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, ni para la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial. Estas se pueden celebrar de conformidad con los principios de planeación, transparencia y de responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993, y demás normas que resulten aplicables a cada caso.



relación con las restricciones de que trata la Ley 996 de 2005:

Además de las restricciones señaladas a lo largo de este documento, es importante resaltar que la Procuraduría General de la Nación expidió la Directiva No. 016 del 2 de septiembre de 2021²¹, dirigida a los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas, en la cual señaló que ante el vacío normativo al no haberse expedido la ley estatutaria que reglamente el ejercicio de la actividad política por parte de los servidores públicos, resulta necesario acudir a la normatividad, jurisprudencia y doctrina, por lo tanto los servidores públicos deben abstenerse de:

- ❖ Utilizar la autoridad de la cual están investidos para ponerla al servicio de una causa política.
- ❖ Acosar, presionar, o determinar en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
- ❖ Usar los elementos destinados al servicio público para hacer proselitismo o desempeñar en cualquier sentido la actividad política electoral.
- ❖ Usar con los mismos fines, información reservada a la cual tenga acceso por razón de su cargo.
- ❖ Exonerarse del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, con el pretexto de ejercer el derecho de participación en política.
- ❖ Disponer del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar actividades de tipo político.
- ❖ Realizar contribución al financiamiento de partidos, campaña o causa política, salvo las excepciones previstas para los miembros de las corporaciones públicas.
- ❖ Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública.
- ❖ Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

²¹ Directiva No. 016 de 2021. Procuraduría General de la Nación. URL: https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/3403_PGN%20DIRECTIVA%2016%20DE%202021.pdf