

20140219-210-717-3

MEMORANDO

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA.

PARA: DIRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA.

ASUNTO: CONCEPTO VINCULACIÓN DE FUNCIONARIOS EN PROVISIONALIDAD EN PERÍODO DE LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES Y RENOVACIÓN DE NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD.

FECHA: BOGOTÁ, FEBRERO DE 2014.

Respetada doctora:

En relación con la solicitud descrita en el asunto, mediante la cual se requiere a esta Oficina concepto en relación con la posibilidad de efectuar nombramientos en provisionalidad dentro del período previsto en la Ley 996 de 2005 o de Garantías electorales, así como la renovación de los nombramientos en provisionalidad dentro de dicho término, se estiman pertinentes las siguientes consideraciones:

PROBLEMAS JURÍDICOS

No. 1. ¿Es viable efectuar nombramientos en provisionalidad en la nómina de una Entidad de la Rama Ejecutiva del Poder Público dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial?

No. 2. ¿Es viable realizar prorrogas de los nombramientos provisionales ya realizados, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial?

TESIS JURÍDICA

No. 1. No resulta viable efectuar nombramientos en provisionalidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, en lo que tiene que ver con la nómina del Centro Nacional de Memoria Histórica, por tratarse de una Entidad de la Rama Ejecutiva del Poder Público y enmarcarse en el supuesto de hecho del artículo 32 de la Ley 996 de 2005.

No. 2. Resulta viable jurídicamente realizar la prórroga de los nombramientos en provisionalidad de la nómina de la Entidad, en el entendido de que tal supuesto no implica una nueva vinculación a la nómina estatal, sino la extensión de la vinculación realizada con anterioridad, máxime cuando se predica del mismo funcionario y se mantienen las mismas condiciones en que fue provisto el cargo. En este sentido, la



PROSPERIDAD
PARA TODOS

prórroga obedece a un supuesto distinto que tiene un tratamiento diferencial a la vinculación mediante nombramiento provisional, en lo que se refiere a la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que no se encontraría dentro de tal prohibición.

DESCRIPTORES:

Restricciones a la vinculación a la nómina estatal de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público por Ley de Garantías Electorales.

Restricciones a la vinculación a la nómina estatal de los Entes Territoriales por Ley de Garantías Electorales.

Nombramiento provisional.

Prórroga del nombramiento en provisionalidad.

Autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Fundamento Normativo

Artículo 125 de la Constitución Política.

Ley 909 de 2004.

Artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005.

Decreto 1227 de 2005.

Decreto 4968 de 2007.

Decreto 1950 de 1973.

Fundamento Jurisprudencial:

Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Concepto 1720 del 17 de febrero de 2006, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Consejero Ponente. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Concepto 2011 del 10 de junio de 2010, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Consejero Ponente. William Zambrano Cetina.

Para efectos de absolver la consulta, resulta pertinente exponer el marco normativo aplicable al asunto materia de estudio.

1. Por una parte, el artículo 24 del Decreto 1950 de 1973 señala que el ingreso al servicio se hace por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y por nombramiento en período de prueba o provisional para los que sean de carrera.

En tal sentido, la ley 909 de 2004 *por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*, consagra en su artículo 25 la provisión de forma provisional de los empleos por vacancia temporal, como modalidad de provisión de empleos y vinculación a la nómina estatal, en los siguientes términos:

“Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren



aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.” (Subrayado fuera de texto).

De igual forma, el artículo 9° del Decreto 1227 de 2005 establece la posibilidad de proveer cargos de carrera mediante nombramiento provisional en caso de vacancias temporales, cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Así mismo, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, el nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados, y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada, esto es, un concurso de méritos en curso, en concordancia con el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005.

De conformidad con lo expuesto, resulta claro que el nombramiento provisional de cargos de carrera es un mecanismo excepcional de ingreso o vinculación de personal a la nómina estatal, que procede para las hipótesis y supuestos establecidos en las disposiciones en comento.

Así las cosas, y en lo que tiene que ver con las restricciones y prohibiciones en época electoral, resulta pertinente traer a colación el inciso primero del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, cuyo tenor literal es el 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.
(...)” (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, las excepciones a las que alude la disposición trascrita, se concretan en lo siguiente:

“Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. (...)

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.”

En consecuencia, estará permitida 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 **únicamente** en 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.

En caso contrario, y al no encontrarse un supuesto de hecho concreto amparado en alguna de las excepciones en comento, de manera alguna podrá proveerse cargos en la nómina de la respectiva Entidad estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público; lo cual comprende, tal como quedó expuesto, la provisión de cargos de carrera por nombramiento provisional.

Ahora bien, como quiera que el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece asimismo una restricción a la contratación y a la modificación de la nómina dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones de cargos de elección popular, pero consagra unas excepciones concretas a dicha prohibición¹, ha de precisarse que tales excepciones no pueden ser aplicables a la prohibición contenida en el artículo 32, con fundamento en lo siguiente:

El mencionado párrafo del artículo 38 Ibídem establece lo siguiente: “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.”
(Subrayado nuestro)

De lo anterior se colige que las mencionadas restricciones dentro de tales períodos electorales para cargos de elección popular, aplican exclusivamente a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, y no así frente a las demás Entidades del Poder Público, incluidas las del orden nacional de la Rama Ejecutiva y, por lo tanto, tampoco les son

¹ 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



aplicables las excepciones consagradas en dicho artículo, esto es, la provisión de cargos por faltas definitivas y la aplicación de las normas de carrera administrativa.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado en pronunciamiento del 17 de febrero de 2006, se refirió al carácter restrictivo de tales prohibiciones y excepciones en los siguientes términos:

(...)

*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 *ibidem*, 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.** (...)*

Por las razones expuestas, las excepciones consagradas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no serían tampoco predicables del supuesto previsto en el artículo 32 de la misma norma, tal como quedó establecido y, en consecuencia, en ausencia de las excepciones previstas en el mencionado artículo 33, no podrá proveerse un cargo de carrera en provisionalidad, aún cuando se hubiere presentado la renuncia irrevocable de un funcionario.

2. De otro lado, en lo que tiene que ver con la posibilidad de prorrogar un nombramiento en provisionalidad, que ya se ha efectuado con anterioridad a los cuatro (4) meses anteriores a las a la elección presidencial, a juicio de esta Oficina, no sería aplicable tal restricción o prohibición contenida en el artículo 32 *ibidem*, como quiera que con la prórroga del nombramiento se extiende el término o plazo del cargo en provisionalidad y no se genera el ingreso o vinculación de personal en la nómina de la Entidad, en tanto que dicho cargo ya habría sido provisto de manera anticipada al término mencionado, en los términos de la Ley 909 de 2004.

En este sentido, el nombramiento en provisionalidad como mecanismo para el ingreso de personal procede en los supuestos de vacancias temporales, y de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada, tal como quedó expuesto.

Adicionalmente, para este último evento deberá contarse con la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos



casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Por su parte, la prórroga del nombramiento ya efectuado procede en el supuesto previsto en el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, previamente citado, que a la letra establece lo siguiente:

“(…) Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.”

Es así como, la prórroga de un nombramiento en provisionalidad procede por circunstancias distintas a las previstas para el nombramiento en provisionalidad como tal y, por lo tanto, es una figura accesoria pero distinta de ésta que extiende su término de vigencia, cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado.

En este orden de ideas, en virtud del nombramiento en provisionalidad previamente realizado, se produce efectivamente la vinculación del servidor público, y la prórroga del mismo, mantiene el vínculo ya establecido, sin afectar o modificar el estado actual de la nómina de la entidad al momento de efectuar la prórroga, que es lo que busca evitar la restricciones y prohibiciones descritas en los artículos 32 y el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Por lo anterior, esta oficina considera que la prórroga de un nombramiento en provisionalidad dentro del término establecido en la Ley 996 de 2005 o ley de garantías electorales, de manera alguna implica la violación de la prohibición de vinculación o afectación de la nómina estatal, con fundamento en que con dicha prórroga se extiende el vínculo laboral previamente establecido y no se genera una nueva vinculación, máxime cuando se trata del mismo funcionario y del mismo cargo de la planta de personal de la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que, en todo caso, tal como quedó establecido del artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, tanto los nombramientos como las prórrogas de los mismos, se encuentran sometidos a la autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual se constituye en requisito indispensable para la procedencia de tales figuras.

Atentamente,

CÉSAR AUGUSTO RINCON VICENTES

Jefe Oficina Jurídica.

Proyectó: Hernán Otálora. Profesional Especializado.

