

## MEMORANDO



**FECHA:** 04 de agosto de 2023

**PARA:** Ingrid Marcela Barrera Correa  
Subdirectora de Talento Humano

**DE:** Dirección Jurídica

**ASUNTO:** Solicitud de concepto jurídico

## CONCEPTO

Referencia	2023IE020560O1 del 21 de julio de 2023.
Descriptor general	Laboral administrativo
Descriptores especiales	Nombramiento provisional de persona con protección laboral reforzada en vigencia de la Ley de Garantías.
Problemas jurídicos	¿La Secretaría Distrital de Hacienda puede posesionar a una funcionaria con protección laboral reforzada en vigencia de la Ley de Garantías, como resultado de su nombramiento provisional en otra vacante temporal en desarrollo de una acción afirmativa de la entidad?
Fuentes formales	Constitución Política de Colombia Leyes 966 de 2005 y 1955 de 2019. Decreto Nacional 1083 de 2015 Circular Conjunta 100-006 de 2021 de la Presidencia de la República Jurisprudencia de la Corte Constitucional Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública

## IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Subdirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Hacienda, solicita que se conceptúe acerca de la viabilidad de posesionar a la señora [REDACTED] en nombramiento provisional de una vacante temporal realizado mediante Resolución No. SDH-000238 del 15 de junio de 2023, como resultado de una acción afirmativa de la entidad, tomada en consideración del nombramiento en periodo de prueba de otra persona que mediante concurso de méritos accedió al cargo que ella actualmente desempeña, dada su condición especial de salud que le da el derecho a la protección laboral reforzada.

Lo anterior teniendo en cuenta que las restricciones en la nómina de las entidades territoriales previstas en el artículo 32 y el parágrafo del artículo 38 de Ley 996 de 2005, operan dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, es decir que empezaron a regir a partir del día 29 de junio de 2023, por lo que en criterio de esa Subdirección, no sería procedente posesionar a la señora [REDACTED] en la vacante temporal

en mención, debido a que esta situación no se encuentra prevista en las excepciones del artículo 38 ya citado.

Sin embargo, aduce que el acto administrativo de nombramiento no le ha sido notificado a la funcionaria, y que el mismo podría ser derogado con fundamento en el numeral 1 del artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 1083 de 2015<sup>1</sup>, razón por la cual nos consulta cuál sería el procedimiento a seguir.

De otro lado, nos fueron adjuntados varios fallos de tutela por situaciones análogas, en los cuales se ordena a la entidad proceder a los respectivos nombramientos.

## **CONSIDERACIONES**

Para resolver esta consulta se considera pertinente abordar las siguientes temáticas: (i) nombramientos de servidores públicos en vigencia de la Ley de Garantías, y (ii) conclusiones.

### **1. Nombramientos de servidores públicos en vigencia de la Ley de Garantías**

El artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005<sup>2</sup>, o denominada “Ley de Garantías”, dispone lo siguiente:

*(...) **ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** A los empleados del Estado les está prohibido:*

- 1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.*
- 2. 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.*
- 3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.*
- 4. 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.*
- 5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.*

*La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.*

**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*

<sup>1</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

<sup>2</sup> 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.

*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 (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.** (...) (Subraya y negrilla ajenas al texto original)

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005 examinó la constitucionalidad, entre otros, del artículo 38 anteriormente citado, del cual expresó lo siguiente

*(...) "... Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.*

*"(...)"*

*"Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.*

*Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.*

*En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, **las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de***

**transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.** (...) (Subraya y negrillas ajenas al texto original)

Ahora bien, en relación con la posibilidad de proveer cargos vacantes en provisionalidad a una persona que estando en la entidad demuestre condición especial en vigencia de la Ley de Garantías, el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital (DASCD) a través de concepto jurídico con radicado 2021EE7994O1 del 31 de diciembre de 2022, concluyó sobre el particular lo siguiente:

*(...) Sobre este punto, se señala que de la pregunta se podría presentar una colisión de garantías, por una parte, la que se deriva de la Ley de Garantías Electorales, en la cual se pretende preservar la transparencia, la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los de ley y las garantías a la oposición, para evitar que se use como campaña electoral los empleos en las entidades y organismos distritales, y por otra parte, las garantías a la estabilidad reforzada a las personas que desde la Constitución Política cuentan con una especial protección.*

*Es de señalar que, adicionalmente, la protección de estas personas en el caso planteado, cede ante un derecho de interés general y un principio fundante de nuestra constitución como es el principio del mérito, que le asiste a las personas que quedaron en lista de elegibles con ocasión del concurso de méritos de la convocatoria Distrito IV.*

*En este escenario lo primero que se debe indicar es que la restricción de la ley de garantías sobre el movimiento de la nómina, implica que no se realicen nombramientos, independiente del nivel jerárquico y de la naturaleza del empleo, es decir, la restricción no se limita a la situación específica del empleo, sino que se aplica de manera general, vale la pena reiterar lo citado en el artículo 38 (...)*

*(...) Ahora bien, la Circular Conjunta 100-006 de 2021, expedida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, precisó algunas situaciones particulares respecto de la aplicación y restricciones emanadas de la Ley de Garantías, señala:*

**“¿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 cumplimiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales”.*

**Resaltamos de lo anterior, que dentro de las excepciones que plantea la norma no existen los casos de protección especial, descritos en su pregunta, adicionalmente, se debe tener presente que en todo caso antes de efectuar un nombramiento en provisionalidad en un empleo vacante se debe agotar el derecho preferencial de encargo.** (...) (Subraya y negrillas fuera de texto)”

Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos, de modo que 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 licencias o renuncia irrevocable del cargo

correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa<sup>3</sup>.

Es decir que, dentro de las excepciones sobre nombramientos en vigencia de la Ley de Garantías, no se encuentran previstos los casos de protección especial.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis jurídico precedente, es posible concluir que de conformidad con el último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, la entidad no puede proveer vacantes dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, esto es, a partir del día 29 de junio de 2023, 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.

Dentro de las excepciones anteriormente citadas no están contemplados los casos de protección especial, por lo cual, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no es posible poseionar a la señora [REDACTED] de la Subdirección de Servicios de TIC de la Dirección de Informática y Tecnología de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Hacienda.

Cordialmente,



Firmado digitalmente  
por ESPERANZA ALCIRA  
CARDONA HERNANDEZ

**ESPERANZA CARDONA HERNÁNDEZ**

Directora Jurídica

[radicacionhaciendabogota@shd.gov.co](mailto:radicacionhaciendabogota@shd.gov.co)

Revisó: Javier Mora González. – Subdirector Jurídico de Hacienda  
Proyectó: Guillermo Alfonso Maldonado Sierra – Profesional Especializado.

Javier Mora González Firmado digitalmente por  
Javier Mora González

Guillermo Alfonso Maldonado Sierra Firmado digitalmente por  
Guillermo Alfonso Maldonado  
Sierra  
Fecha: 2023.08.09 07:12:18  
-05'00'

<sup>3</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 135801 de 2022.