



## Concepto 370931 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000370931\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000370931

Fecha: 08/10/2021 06:01:15 p.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición para modificación de nómina de trabajadores oficiales. RAD. 20212060612292 de fecha 7 de septiembre de 2021.

Cordial saludo.

En la comunicación de la referencia, manifiesta que la empresa IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL, semejante a una empresa industrial y comercial del estado 100% pública y el régimen es el de trabajadores oficiales. Respecto a la aplicación de la ley de Garantías Electorales - ley 996 de 2005, consulta lo siguiente:

1. ¿Es viable que la Empresa IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL de por terminados los contratos individuales de trabajo a término fijo suscritos con anterior a la vigencia de la ley de garantías electorales y que finalizan en los meses de noviembre y diciembre del año 2021?
2. ¿Puede la Empresa IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL, en vigencia de la ley de garantías electorales, adelantar procesos de selección de personal para proveer puestos de trabajo correspondiente a vacantes definitivas, generadas por muerte, pensión y otros?
3. ¿Es posible para la Empresa IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL, hacer modificaciones a su nómina de personal en algún momento comprendido dentro de los periodos: i) del 13 de noviembre de 2021 al 13 marzo de 2022, (fecha de aplicación de la ley de garantías por elecciones a congreso); y/o ii) del 29 de enero 2022 hasta la fecha de elección del Presidente de la República?
4. ¿Teniendo en cuenta nuestra condición de trabajadores oficiales para los cuales convencionalmente se encuentra pactado un MANUAL DE POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN, INGRESO, PROMOCIÓN, REUBICACIÓN Y REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y/O LABORALES, LEGALES O EXTRALEGALES, DE LOS TRABAJADORES OFICIALES AL SERVICIO DEL IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL, aplica la ley de Garantías Electorales - ley 996 de 2005 o a la luz de este acuerdo convencional la empresa podrá realizar los movimientos de SELECCIÓN, INGRESO, PROMOCIÓN, REUBICACIÓN que requiera?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 tiene por objeto garantizar la transparencia en los comicios electorales y limitar la vinculación y la contratación pública en las entidades de la Rama Ejecutiva. Esta establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.*

*PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Como se aprecia, la prohibición contenida en el artículo 32 está dirigida las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público quienes, no podrán durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, efectuar una vinculación que afecte la nómina estatal.

Ahora bien, los artículos 33 y 38 contienen otras restricciones:

"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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias". (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, 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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. (Subrayado fuera de texto)

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." (Se subraya).

Sobre la aplicación de las limitaciones contenidas en la Ley 996 de 2005, el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Óscar Darío Amaya Navas, en concepto emitido el 20 de febrero de 2018, con Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366), señaló lo siguiente:

"Respecto a estas disposiciones, es posible señalar las siguientes características:

i) Las normas establecen restricciones aplicables durante las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular.

ii) Mientras el artículo 32 aplica a los servidores de la Rama Ejecutiva, los artículos 33 y 38 cubren a todos los servidores públicos:

*"A manera de colofón, debe precisar esta agencia judicial, que la limitación contenido (sic) en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, debe interpretarse en su sentido restrictivo- tal como lo realizó la H. Corte Constitucional-, es decir, que los destinatarios de la misma solo resultan ser los servidores de la rama ejecutiva del poder público, quienes tiene (sic) un mayor poder de nominación y un alto componente político, todo ello en aras de salvaguardar los principios de la función administrativa contenido el artículo 209 de la Carta Superior. A contrario sensu, el contenido prohibitivo prescrito en el artículo 33 y 38 de la prenombrada ley 996 de 2005, resulta aplicable a todos los servidores públicos, incluidos por supuesto, los órganos que inicialmente habían sido exceptuado por la misma normativa, valga decir, los órganos del poder judicial, de control, electorales y de seguridad, ello debido a los efectos de la sentencia C-1153 de 2005, pero en lo atinente a la prohibición de retiro del servicio, solo deviene aplicable a funcionarios de carrera administrativa"*<sup>6</sup>.

iii) La prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 comporta en principio la suspensión temporal de la facultad que tiene la autoridad pública nominadora para realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores. Asimismo, implica que no se pueden crear nuevos cargos<sup>7</sup>.

iv) Las prohibiciones no son absolutas, pues la ley establece una serie de excepciones, las cuales tienen como propósito mantener el equilibrio entre los principios de moralidad administrativa y eficacia<sup>8</sup>. Asimismo, buscan proteger los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado<sup>9</sup>. En esta dirección se ha afirmado:

*"Las excepciones a la limitación, consagradas en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no*

restringir desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines que podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes”<sup>10</sup>.

“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”.

En lo que respecta al artículo 38 el legislador autorizó la provisión de cargos ante la ocurrencia de faltas definitivas producidas por muerte o renuncia, o cuando resulte necesaria la aplicación de las normas de carrera administrativa.

Ahora bien, la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al interpretar la norma, han concluido que dichas faltas definitivas no son las únicas que pueden presentarse. Lo anterior, teniendo en cuenta que la igualdad que se persigue a través de la Ley de Garantías Electorales no puede menoscabar los intereses públicos.” (Se subraya).

De acuerdo con el concepto, la prohibición contenida en el artículo 32, está dirigida a las entidades de la Rama Ejecutiva. Por lo tanto, estas entidades durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, no podrán afectar la nómina estatal.

Las prohibiciones contenidas en los artículos 33 y 38, aplican a todos los servidores del estado. Así, ninguna de ellas, podrán, durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, contratar directamente. Tampoco podrán las autoridades nominadoras realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores.

Ahora bien, respecto a la específica aplicación de las limitaciones contenidas en la ley 996 de 2005 a los trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en fallo emitido el 10 de febrero de 2021 dentro del proceso No. 77859 número de providencia: SL530-2021, con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, señaló lo siguiente:

“En función de ese marco normativo, independientemente del contenido de los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005, para la Sala el Tribunal incurrió efectivamente en los errores jurídicos que denuncia la censura, pues del artículo 38 de la misma norma se deduce diáfananamente que los gerentes y directores de las entidades descentralizadas de los entes territoriales, como la demandada, tienen una prohibición expresa de modificar la nómina, “dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular”, además de que dentro de este concepto de modificar la nómina debe entenderse incluida y, por lo tanto afectada, la facultad de dar por terminados los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales.

(...)

Para la Sala, en primer lugar, a partir de una interpretación racional y sistemática del precepto transcrito, más específicamente el último inciso de su párrafo, no existe duda de que la palabra “nómina” incluye de manera amplia una lista o catálogo de servidores públicos - trabajadores oficiales y empleados públicos - o una “relación nominal de los individuos que en una oficina pública o particular han de percibir haberes y justificar con su firma haberlos recibido” (Definición establecida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), de manera que, contrario a lo aducido por el Tribunal, dentro de la nómina deben entenderse naturalmente insertos los trabajadores oficiales de la respectiva entidad. Adicionalmente, la operación de “modificación” de esa nómina debe entenderse en su sentido natural y obvio, como la alteración de las relaciones laborales de ese conjunto de servidores que integran la planta de personal, que bien puede producirse a partir de la vinculación de nuevas personas, así como con el despido o retiro del personal existente. En ese sentido, una lectura desprevenida de la norma en estudio permite entender sin dificultades que sobre las entidades descentralizadas del orden territorial pesa una prohibición de despedir a trabajadores oficiales, durante los meses previos al proceso electoral, en la medida en que tienen vedado expresamente la modificación de la nómina en esos neurálgicos periodos.

(...)

En ese sentido, se reitera, para la Sala la modificación de la nómina sí incluye la prohibición a los trabajadores la oficiales, que hacen parte fundamental de la nómina, e implica imposibilidad de dar por terminados sus contratos de trabajo durante épocas neurálgicas de contienda electoral.

A lo anterior cabe agregar que, en el entendimiento de la Sala, la norma bajo análisis no solo protege la integridad y transparencia de los procesos democráticos, sino que también y, fundamentalmente, ampara la estabilidad de los trabajadores oficiales contra maniobras a todas luces reprochables y, por lo mismo, comporta un límite a la facultad discrecional del empleador de dar por terminados unilateralmente los contratos de trabajo sin justa causa.” (Se subraya y se resalta).

Es claro entonces que las limitaciones impuestas en la Ley 996 de 2005, incluyen la nómina de trabajadores oficiales.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. ¿Es viable que la Empresa de por terminados los contratos individuales de trabajo a término fijo suscritos con anterior a la vigencia de la ley de garantías electorales y que finalizan en los meses de noviembre y diciembre del año 2021?

La prohibición de modificar la nómina incluye el despido o retiro del personal existente, incluyendo a los trabajadores oficiales. No obstante, la limitación está dirigida, como indica el fallo de Corte Suprema de Justicia, a dar por terminados unilateralmente los contratos de trabajo sin justa causa.

En sentido contrario, en caso que se configura una causa justa para el retiro del trabajador oficial, esta desvinculación no estará prohibida por la Ley 996 de 2005.

2. ¿Puede la Empresa, en vigencia de la ley de garantías electorales, adelantar procesos de selección de personal para proveer puestos de trabajo correspondiente a vacantes definitivas, generadas por muerte, pensión y otros?

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 sólo con el fin de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, que estén previamente justificadas.

3. ¿Es posible para la Empresa, hacer modificaciones a su nómina de personal en algún momento comprendido dentro de los periodos: i) del 13 de noviembre de 2021 al 13 marzo de 2022, (fecha de aplicación de la ley de garantías por elecciones a congreso); y/o ii) del 29 de enero 2022 hasta la fecha de elección del Presidente de la República?

Las fechas que deben ser consideradas para efectos de las prohibiciones señaladas en la Ley 996 de 2005, son las siguientes:

13 de noviembre 2021: inicio de restricciones por elecciones al Congreso, que se llevarán a cabo el 13 de marzo de 2022. Queda prohibido realizar contratos o convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. Se permite celebrar otro tipo de contratos mediante contratación directa.

29 de enero 2022: inicio de restricciones por elecciones presidenciales. Queda prohibido celebrar contratos mediante contratación directa, salvo las excepciones de ley. Dentro de estas excepciones se encuentran las contrataciones directas para defensa y seguridad del Estado, crédito público, emergencias educativas, sanitarias o desastres, reconstrucción de vías e infraestructura y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Lo anterior significa que durante este lapso no se pueden hacer contrataciones directas, por ejemplo, para la prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, como tampoco la celebración de contratos o convenios interadministrativos, entre otros.

13 de marzo 2022: en principio terminarían las restricciones de contratación de la Ley de Garantías para elecciones al Congreso (prohibición de celebrar contratos y convenios interadministrativos). Sin embargo, la restricción continúa hasta que se elija Presidente de la República, en consideración a que también está contenida en las restricciones de contratación de la Ley de Garantías para la elección del primer mandatario.

29 de mayo 2022: terminan las restricciones relacionadas con la elección presidencial. Si se define una segunda vuelta en la contienda por la presidencia, las restricciones se extenderán hasta el 19 de junio de 2022, fecha estimada para realizar los comicios.

Igualmente, existen otras restricciones paralelas a las antes mencionadas, como por ejemplo la prohibición de inaugurar obras públicas durante los cuatro meses anteriores a la contienda electoral.

4. ¿Teniendo en cuenta nuestra condición de trabajadores oficiales para los cuales convencionalmente se encuentra pactado un MANUAL DE POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN, INGRESO, PROMOCIÓN, REUBICACIÓN Y REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y/O LABORALES, LEGALES O EXTRALEGALES, DE LOS TRABAJADORES OFICIALES AL SERVICIO DEL IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL, aplica la ley de Garantías Electorales - ley 996 de 2005 o a la luz de este acuerdo convencional la empresa podrá realizar los movimientos de SELECCIÓN, INGRESO, PROMOCIÓN, REUBICACIÓN que requiera?

La entidad podrá aplicar las cláusulas contenidas en los contratos de trabajo, las convenciones colectivas y pactos colectivos, entre otros, considerando las limitaciones contenidas en la Ley 996 de 2005. Por lo tanto, no podrá desvincular a un trabajador si no existe una justa causa para ello, y podrá vincular a nuevos trabajadores cuando la vacante se produzca por renuncia, licencia o muerte del empleado titular, y sólo con el fin de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la entidad.

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

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:05:29