



Concepto 169781 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000169781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000169781

Fecha: 11/05/2022 05:40:22 p.m.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición para modificación de nómina de trabajadores oficiales. Ley 996 de 2005 RAD. 20222060168552 del 19 de abril de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por El Ministerio del Interior mediante la cual consulta por: "(...) *Traslado por competencia concepto o autorización para la vinculación de un (1) Trabajador Oficial en el marco de la ley 996 de 2005 (...)*"

Nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

No obstante y a modo de información me permito infórmale La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 tiene por objeto garantizar la transparencia en los comicios electorales establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado, dispone:

"(...) 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 a 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.

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. (...)"

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 (...).

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.

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. Asimismo, buscan proteger los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado. 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.(...)"

"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.(...)"

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)

De acuerdo al análisis de la normatividad antes descrita, y a fin de orientar su consulta esta Dirección Jurídica se permite concluir que de acuerdo a las limitaciones impuestas en la Ley 996 de 2005, se evidencia que la nómina de trabajadores oficiales se encuentra incluida en estas limitaciones, por lo tanto no es posible efectuar alguna modificación a la misma.

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.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema,

que han sido 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Carolina Rivera Daza

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:02