



Función Pública

Concepto 357841 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000357841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000357841

Fecha: 29/09/2021 01:14:46 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: PROVISIÓN DE EMPLEOS. Ley de garantías. RAD. 20219000587372 del 19 de agosto de 2021

Me refiero a su comunicación, radicada en esta dependencia el 19 de agosto de 2021, mediante la cual plantea que una empresa 100% pública realiza la contratación de su personal por contrato a término fijo (trabajadores oficiales) por periodos de 6 meses, 1 y hasta 2 años y plantea las siguientes inquietudes frente a la ley de garantías:

La primera duda radica en referencia si la empresa puede terminar el contrato de trabajo a término fijo.

En caso de ser positivo el ítem anterior ¿esto no modificaría la nómina?, ya que estaría disminuyendo el número de trabajadores en nómina y afectando el valor de la misma?

¿La empresa podría retirar un trabajador y el mismo ser reemplazado por otro del mismo nivel y salario?

En algunos conceptos el departamento administrativo de la función pública recomienda hacer uso de la norma de Ley de garantías de manera restrictiva ¿esto no sería que la empresa no retire el trabajador con el fin de no modificar la nómina?

En atención a la misma, me permito 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.

En segundo lugar, frente a los contratos a término fijo, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.30.6.1 Duración del contrato. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

ARTÍCULO 2.2.30.6.2 Contrato por tiempo determinado. El contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar siempre por escrito y su plazo no podrá exceder de dos (2) años, aunque sí es renovable indefinidamente.

ARTÍCULO 2.2.30.6.4 Contrato indefinido. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.

(...)

ARTÍCULO 2.2.30.6.11 Terminación del contrato de trabajo. El contrato de trabajo termina:

1. Por expiración del plazo pactado o presuntivo.
2. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor.
3. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio.
4. Por mutuo consentimiento.
5. Por muerte del asalariado.
6. Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el numeral 3. del Artículo 2.2.30.6.8 del presente Decreto, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.
7. Por decisión unilateral, en los casos previstos en los Artículos 2.2.30.6.12 2.2.30.6.13 y 2.2.30.6.14 del presente Decreto.
8. Por sentencia de autoridad competente.

Por su parte, el Artículo 2 de la Ley 64 de 1946, por la cual se reforma y adiciona la Ley 6 de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social.” establece:

“ARTICULO 2 Modificase el Artículo 8° de la Ley 6ª de 1945 en la siguiente forma:

"El contrato de trabajo no podrá pactarse por más de dos (2) años. Cuando no se estipule término o éste no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc., se entenderá celebrado por seis (6) meses, a menos que las partes se reserven el derecho a terminarlo unilateralmente mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario, de acuerdo con la costumbre, y previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Puede prescindirse del aviso, pagando igual período.

"Todo contrato será revisable cuandoquiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica.

"La sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores".

A su vez, en la sentencia C-003 de 1998, la Corte Constitucional expuso:

"Ahora bien, como los antecedentes normativos de la norma bajo examen, esto es los Artículos 37, 38 y 40 del decreto 2127 de 1945, que reglamentaron el Artículo 8° de la Ley 6ª de 1945, y que arriba se transcribieron, permiten interpretar la norma bajo examen en el sentido de que el contrato celebrado con la Administración Pública por tiempo indefinido tendría una duración máxima de seis meses, la Corte estima necesario indicar que esta interpretación, hecha en su momento por el Ejecutivo, desconoce los principios de eficacia, economía y celeridad, con fundamento en los cuales debe desarrollarse la actividad de la Administración, al tenor del Artículo 209 superior.

En efecto, si la Administración requiere de la contratación indefinida de trabajadores oficiales, no se ve razón suficiente para obligar a la liquidación periódica, cada seis meses, de todos los trabajadores que así haya vinculado. Si la naturaleza del servicio impone la contratación a término indefinido, es claro que resulta contrario a los principios constitucionalmente consagrados de celeridad, economía y eficacia, estar procediendo a la mencionada liquidación semestral. Siendo ello así, la norma no admite tal interpretación, sino la más acorde con la filosofía que inspira a la Carta Política en materia laboral, que propugna, entre otras cosas, por la garantía de la estabilidad de los trabajadores, así como por el principio de razonabilidad, conforme al cual la norma bajo examen no obsta para la celebración de contratos de trabajo a término indefinido, si así lo acuerdan expresamente las partes.

EL ARTÍCULO 2 de la Ley 64 de 1946, que resulta ser aplicable a los contratos de trabajo con la Administración Pública, define que el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales no podrá tener una duración que supere el término de dos años. Y que cuando no se estipule un término, o

éste no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, se entenderá celebrado por seis meses; no obstante, no se presumirá este último plazo si los contratantes han pactado la llamada cláusula de reserva.

La cláusula de reserva constituye un modo de terminación del contrato de trabajo, que exime a la parte que unilateralmente pone fin a la relación laboral de la obligación de expresar el motivo por el cual lo hace. Esta prerrogativa, inicialmente consagrada en el Artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, era aplicable solamente a los contratos celebrados a término indefinido, debía constar por escrito, exigía un preaviso de 45 días que el patrono podía compensar en dinero, e implicaba el pago de todas las acreencias laborales, más no el de una indemnización de perjuicios por terminación unilateral sin justa causa.

Así entendida, la cláusula de reserva se erige en un desconocimiento frontal de la garantía de estabilidad laboral que reconoce la Carta Política de manera expresa en el Artículo 53 superior. En efecto, si bien esta garantía no reviste un carácter absoluto, por cuanto no significa un derecho del trabajador a permanecer indefinidamente en el cargo, concretándose tan sólo en el contenido de continuidad y permanencia que deben revestir las relaciones obrero-patronales, si involucra la necesidad de pagar una indemnización cuando dichas expectativas de permanencia resultan ser injustificadamente defraudadas. De esta manera, para la Corte la terminación puede considerarse respetuosa del mencionado derecho de rango superior, aunque no obedezca a una de las causales de justa terminación consagradas por la ley, siempre y cuando se reconozca la correspondiente indemnización por despido injustificado". (Subrayado nuestro).

Del análisis que la Corte Constitucional hace de los Artículos 37, 38 y 40 del Decreto 2127 de 1945, se infiere que los contratos de trabajo pueden ser pactados a término fijo, con plazo presuntivo y a término indefinido, precisando que los aludidos Artículos fueron modificados por los Artículos 2.2.30.6.1, 2.2.30.6.2 y 2.2.30.6.4 del Decreto 1083 de 2015.

Los contratos a término fijo pueden pactarse hasta por dos años, y los de plazo presuntivo, son aquellos en los cuales no se expresó ningún término de vigencia, razón por la cual se entienden pactados por el término de seis meses prorrogables por períodos iguales.

En cuanto a la ley Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 (Ley de Garantías) propende por la transparencia en los comicios electorales y establece lineamientos para garantizar la igualdad de condiciones para los candidatos, la limitación de la participación en política de los servidores públicos y las garantías para la oposición.

El artículo 38 de la citada norma establece las prohibiciones para los servidores públicos durante el periodo electoral, de la siguiente manera:

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 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.

-

El artículo 38 transcrito establece que, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no se podrá:

- Modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- Hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

- Celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos, pudiendo realizar cualquier otro proceso de contratación, incluyendo la contratación directa.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación Interna No. 2191 (11001-03-06-000-2013-00534-00) de fecha 3 de diciembre de 2013, consejero ponente: Álvaro Namén Vargas, afirma:

«(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal.

El Presidente de la República deberá suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal que maneje, durante los seis (6) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, salvo en los siguientes casos: (i) defensa y seguridad del Estado; (ii) crédito público; (iii) para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) 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 (v) las vinculaciones de las entidades sanitarias y hospitalarias.

Teniendo en cuenta este listado de excepciones se encuentra entonces que durante las campañas presidenciales serán los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, los que podrán proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.» (Subrayado Nuestro)

De acuerdo a lo anterior, las excepciones establecidas en la Ley 996 de 2005, para contratar directamente y vincular personal a la nómina estatal, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes. Dentro de esas excepciones se encuentran: actividades de defensa y seguridad del estado, actividades sanitarias y hospitalarias, educación e infraestructura vial, energética y de comunicaciones.

En consecuencia, se da respuesta a sus inquietudes de la siguiente manera:

La primera duda radica en referencia si la empresa puede terminar el contrato de trabajo a término fijo.

Durante la vigencia de la ley de garantías no se puede terminar de manera unilateral el contrato de trabajo a término fijo por parte de la administración salvo que se trate de la expiración del plazo pactado con el trabajador.

En caso de ser positivo el ítem anterior ¿esto no modificaría la nómina?, ya que estaría disminuyendo el número de trabajadores en nómina y afectando el valor de la misma?

La respuesta al punto anterior es que no se puede terminar el contrato de manera unilateral por parte de la administración.

¿La empresa podría retirar un trabajador y el mismo ser reemplazado por otro del mismo nivel y salario?

No, durante la ley de garantías no se pueden hacer este tipo de modificaciones en la nómina, salvo que se trate de la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, en los casos de aplicación de normas de carrera administrativa o para la contratación de actividades de defensa y seguridad del estado, actividades sanitarias y hospitalarias, educación e infraestructura vial, energética y de comunicaciones.

En algunos conceptos el departamento administrativo de la función pública recomienda hacer uso de la norma de Ley de garantías de manera restrictiva ¿esto no sería que la empresa no retire el trabajador con el fin de no modificar la nómina?

El Departamento Administrativo de la Función Pública se limita a hacer una interpretación de las normas y de su aplicación, en esa medida, la ley de garantías debe ser aplicada en los términos en los que fue aprobada por el legislador.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid – 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Oscar Mauricio Ceballos M.

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:44:19