



Concepto 78251 de 2018 Departamento Administrativo de la Función Pública

20186000078251

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000078251

Fecha: 14/03/2018 09:44:17 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: LEY DE GARANTIAS. Restricciones a la modificación en nómina de los servidores públicos en una empresa de servicios públicos de carácter oficial en vigencia de la ley de garantías. Terminación del contrato de trabajo. Radicado: 20189000045692 del 6 de febrero de 2018

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

ANTECEDENTES

Una empresa de servicios públicos como consecuencia de la reforma estatutaria implementada en el municipio en el año 2018 se modifica la naturaleza jurídica y pasa de ser una empresa de economía mixta para convertirse en una empresa de carácter oficial.

En mérito de lo anterior, el problema jurídico a resolver es: (i) el alcance de la modificación en nómina que prohíbe la ley de garantías, (ii) la procedencia de dar por terminados los contratos de trabajo en vigencia de la ley de garantías y (iii) dar aplicación al nuevo régimen para los trabajadores oficiales y los empleados públicos en vigencia de dicha ley.

ANÁLISIS

La Ley 996 de 2005, «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», en relación con las limitaciones a la vinculación de personal por parte de las entidades, señala:

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". (Subrayado fuera de texto)

ARTÍCULO 38. *Prohibiciones para los servidores públicos.* A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

PARÁGRAFO. (...)

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.

Es importante aclarar que la prohibición del artículo 32 aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas. Por lo tanto, estas disposiciones le son aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, toda vez que éstas hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Al respecto, la Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la ley de garantías electorales, emitió la Directiva Unificada número 5 de 14 de mayo de 2007, en la cual señaló:

d. 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.

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada ley mediante sentencia [C-1153](#) de 2005, en la cual expresa:

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. (...)

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, 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. (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Consejo de Estado mediante concepto número [1839](#) de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, respecto a la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades territoriales, señala:

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicado número [1.985](#) (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, indica:

Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.
(...)

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 (6).

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Sin embargo, como se analizó en el literal anterior, las campañas presidenciales se rigen por las disposiciones del Título II de la ley 996, entre ellas, los artículos 32 y 33 que están dirigidos a la “rama Ejecutiva del Poder Público” y por ende, a las entidades territoriales y a sus autoridades.

De conformidad con los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de proveer cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, que sean indispensables 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.

Para el Consejo de Estado, la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que causales diferentes, aunque den lugar a vacantes definitivas, no habiliten a la autoridad territorial para proveerlas durante los 4 meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

CONCLUSIONES

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia expuestas, se concluye:

1. Dadas las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículos [32](#) y [38](#) de la Ley 996 de 2005, no resulta procedente, en vigencia

de la ley de garantías, realizar nombramientos en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción; así como tampoco, es viable suscribir contratos de trabajo, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

2. En relación con la viabilidad de dar por terminado los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, es preciso señalar que en vigencia de la ley de garantías no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina de la misma, por lo que se considera que no es procedente dar por terminado los contratos de trabajo dentro de los 4 meses que preceden a las elecciones a cargos de elección popular y hasta la celebración de las elecciones presidenciales en primera o segunda vuelta, según se trate.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 05:13:07