



Función Pública

Concepto 66811 de 2018 Departamento Administrativo de la Función Pública

20186000066811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000066811

Fecha: 02/03/2018 12:19:44 p.m.

Bogotá D.C.

REF: VARIOS- LEY DE GARANTIAS. Aplicación de la Ley de Garantías para la contratación de docente hora cátedra en establecimiento público. RAD.2018-206-004285-2 del 02 de febrero de 2018.

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

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

En la consulta se requiere aclarar si la Ley de Garantías Electorales aplica para la contratación de docentes hora cátedra en las instituciones de educación superior que tienen la naturaleza de establecimientos públicos.

ANÁLISIS DEL CASO

Para proceder con la petición solicitada se hace necesario establecer los parámetros de aplicación dispuesto por la Ley 996 de 2005 y la naturaleza jurídica de los docentes hora cátedra.

I. Campo de aplicación de la Ley de Garantías Electorales

La Ley 996 de 2005 consagró en los artículos 32 y 38, Parágrafo, lo siguiente:

"ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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”.

“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, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.” (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º)” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Conforme el artículo en cita, está prohibida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder público durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

Por otra parte, el artículo 38 Ibídem preceptúa lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

Como se observa el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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 (sean del nivel territorial o nacional), 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.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

“...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 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.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos". (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, mediante concepto número 1839 de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto a la prohibición contenida en el Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, señaló:

"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."

(...)

III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del parágrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razonable necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías." (Subrayado fuera de texto)

La misma Corporación, en concepto No. Radicación interna: 2191 y 2191 adición Número Único: 11001-03-06-000-2013-00534-00, tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, precisó:

“(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

“El artículo 32 de la ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que se trata de “la Rama Ejecutiva del poder Público.” Esta expresión envuelve 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 el artículo no distingue dichas situaciones.

(iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”. Resulta importante precisar que tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos ya la provisión de los mismos. En concreto, no está prohibida la provisión de cargos en los casos de vacancia por renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

Es decir, que en el evento en que se presenten cargos vacantes en las plantas de personal de las entidades públicas por renuncia, licencia o muerte de la persona que lo desempeña, para solventar esa situación pueden hacerse los nombramientos correspondientes cuando quiera que resulten indispensables para la buena marcha de la administración, como ocurre en el caso de la renuncia de un ministro, o de un viceministro, o de un secretario general en un ministerio, o un director de departamento administrativo, o un superintendente, o un director de entidad descentralizada, por citar tan solo unos ejemplos.

(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) la vinculaciones de las entidades sanitarias y hospitalarias. Teniendo en cuenta este listado de excepciones se encuentra entonces que durante las campañas presidenciales serían 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 podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con las normas y sentencias citadas, se considera que los destinatarios de los artículos 32 y 38, Parágrafo, de la Ley 996 de 2005 son las entidades exclusivamente pertenecientes de la Rama Ejecutiva del poder público.

En este sentido, resulta pertinente establecer quienes integran la Rama ejecutiva del poder público, así las cosas, la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 38. Integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos:

(...) (Subraya y negrilla fuera de texto)

“ARTÍCULO 68. Entidades Descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial (...). (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior se entiende, que los establecimientos públicos tanto del orden nacional como departamental, hacen parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios y por tanto les son aplicables las prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005.

En consecuencia, conforme al artículo 32 de la Ley 996 de 2005 no podrán realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal, salvo en los casos excepcionales legalmente establecidos en el artículo 33 ibídem ni podrán modificar la planta de personal, esto es, desvincular o vincular personal, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, en los términos jurisprudenciales expuestos en precedencia.

II. Naturaleza jurídica de los docentes hora cátedra

La Ley 30 de 1992, “Por el cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 16. Son instituciones de Educación Superior:

a) Instituciones Técnicas Profesionales.

b) Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas.

c) Universidades.”

“ARTÍCULO 18. Son instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, aquellas facultadas para adelantar programas de formación en

ocupaciones, programas de formación académica en profesiones o disciplinas y programas de especialización.”

“ARTÍCULO 29. La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:

a) Darse y modificar sus estatutos.

b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.

c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.

d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.

e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.

g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional. Parágrafo. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes)”.

La Ley 30 de 1992 frente a la naturaleza de los docentes ocasionales y hora catedra preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 73 Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; (son contratistas y su vinculación a la entidad se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.

Los contratos a que se refiere este artículo no estará sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares.

El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato podrá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en la ley o en el contrato. Estos contratos requieren, para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente.) El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-006 de 1996”.

“ARTÍCULO 74. Serán profesores ocasionales aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año.

Los docentes ocasionales no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sus servicios serán reconocidos mediante resolución y no gozarán del régimen prestacional previsto para estos últimos. (Aparte subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-006-96 del 18 de enero de 1996, Magistrado ponente DR. Fabio Morón Díaz)” (Negrilla fuera de texto).

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia No. C-006 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ, expresó lo siguiente:

“Su decisión, al declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada del artículo 74 de la ley 30 de 1992, implica el reconocimiento de los derechos que como servidores del Estado tienen dichos docentes, los cuales constituyen una modalidad de trabajo que como tal -goza de

especial protección por parte del Estado. En este sentido los profesores ocasionales de las universidades estatales u oficiales, a los que se refiere dicha norma, tendrán derecho, a partir de la fecha de este pronunciamiento, al reconocimiento proporcional de las prestaciones sociales que se aplican a los profesores empleados públicos de carrera, de que trata el artículo 72 de la citada ley 30 de 1992. "

Ahora bien, esta misma interpretación cabe aplicarla a los profesores de cátedra a que se refiere el artículo 73 de la misma ley, pues ellos son servidores públicos que están vinculados a un servicio público y en consecuencia los respectivos actos administrativos determinarán las modalidades y efectos de su relación jurídica de acuerdo con la ley.

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica a la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe Corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárselas proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio. Por tanto, se declarará también la inexequibilidad por unidad normativa del aparte del artículo 73 de la misma ley, que dice:(...)" (Subrayado fuera de texto.

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, los docentes hora cátedra son servidores públicos, por lo que pese a no ser empleados públicos tienen derecho a recibir las mismas prestaciones sociales por el trabajo realizado; en consecuencia, no se vinculan mediante contratos de prestación de servicios; en tanto que no son contratistas, sino mediante acto administrativo donde se determinan las modalidades y efectos de su relación jurídica de acuerdo con la ley.

Acorde a los argumentos expuestos en precedencia esta Dirección Jurídica considera que la Institución de Educación Superior IES, al ser un establecimiento público no puede efectuar nuevas vinculaciones que afecten la nómina estatal en vigencia de la Ley 996 de 2005, salvo en los casos excepcionalmente autorizados, esto es, 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, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Aunado a lo anterior, no se podrá modificar la respectiva nómina de la entidad 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.

En caso de 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,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/MLHM/GCJ

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:28:38