

13 de septiembre de 2023

No. 51833

DANIELA MONTOYA PUERTA
Director Administrativo de Talento Humano

Asunto: Respondiendo a: Asunto: SOLICITUD DE CONCEPTO JURIDICO.. Radicado
No.50853 del 08 de Septiembre del 2023

Cordial saludo,

En atención a su solicitud de concepto sobre Ley de Garantías Electorales, se realiza el siguiente análisis:

La Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, dispone:

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

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”.

A su turno, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, en relación con lo instituido en el artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, señala:

“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 párrafo, 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.” (subraya y negrilla fuera de texto).

Es entonces que la Corte Constitucional por su sentencia C-1153 del 2005 abre la posibilidad de proveer un cargo por la estricta necesidad del servicio, misma que corresponde a la entidad justificar demostrando el apremio del cargo a proveer.

En igual sentido el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) de fecha 26 de julio de 2007, con ponencia del magistrado Gustavo Aponte Santos, indicó:

“En efecto, de acuerdo con lo previsto en el Artículo [123](#) Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: “los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital”, con el fin de evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

*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. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Asimismo, el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de radicado 2366 (11001-03-06-000-2017-00205-00), de fecha veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), consejero ponente: OSCAR DARIO AMAYA NAVAS, señala:

*“Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativay ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, **o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos.*** (negrillas propias)

Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe:

*i) **Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.***

*ii) **Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.***

*iii) **Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales,***

de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular...”.

Por otro lado, respecto a la 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 diáfamanamente 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. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Es por tanto que las limitaciones impuestas en la Ley 996 de 2005, se aplica a los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales), en tal sentido durante la Ley de garantías electorales no es procedente el retiro o provisión de, entre otros, los trabajadores oficiales, al respecto la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto No. 20236000396961 de fecha 22 de agosto de 2023, menciona:

“(...) Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye que durante la aplicación de la ley de garantías electorales no es procedente el retiro o provisión de, entre otros, 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 de que se configure una causa justa para el retiro del trabajador oficial, esta desvinculación no estará prohibida por la Ley 996 de 2005.

*Así las cosas, y en atención puntual de su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, durante la aplicación 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 servidor público, y sólo con el fin de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, que estén previamente justificadas y documentadas en debida forma**”.*

Conforme a lo anterior, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de

vinculación que afecte la nómina estatal, en las entidades de la Rama Ejecutiva, hace referencia a la imposibilidad de proveer cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte; y a voces del Honorable Consejo de Estado, por cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

El Consejo de Estado a través de conceptos, se ha pronunciado sobre las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina, en el siguiente sentido:

*“el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”. **La expresión “por faltas definitivas” que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, “proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo”, caso en el cual “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”.** (Subraya y Negrilla propia)*

Frente a sus interrogantes, y en observancia a lo señalado en la norma, la Jurisprudencia y los conceptos, ya descritos, se responde:

1. ¿Qué implica la suspensión de vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal?

Que 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 puedan 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.

Frente a las preguntas 2, 3, 4, 5, y 7

Durante la aplicación 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 servidor público; y a voces del Honorable Consejo de Estado, por cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos, por tanto las circunstancias deberán estar previamente justificadas y documentadas en debida forma.

Los casos en particular no fueron expuestos en esta solicitud, por tanto, corresponde a la Dirección de Recursos Humanos evaluar la procedencia.

6. ¿Se pueden realizar los nombramiento y posesiones de las personas que ganaron concursos internos de ascenso (funcionarios y trabajadores oficiales)?

Durante la aplicación 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 servidor público; y a voces del Honorable Consejo de Estado por cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos, por tanto las circunstancias deberán estar previamente justificadas y documentadas en debida forma.

De conformidad a lo señalado en el concepto 20236000396961 de fecha 22 de agosto de 2023 del Departamento Administrativo de la Función Pública:

“(...) 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 que durante la aplicación de la ley de garantías electorales no es procedente el retiro o provisión de, entre otros, 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 de que se configure una causa justa para el retiro del trabajador oficial, esta desvinculación no estará prohibida por la Ley 996 de 2005.

Así las cosas, y en atención puntual de su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, durante la aplicación 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 servidor público, y sólo con el fin de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, que estén previamente justificadas y documentadas en debida forma”.

8. ¿Es viable retirar del servicio a un empleado público que llega o cumple la edad de retiro forzoso, en el marco de la ley de garantías?

Si bien es cierto el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, determina 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; por otro lado, establece excepciones para la provisión de empleos por faltas definitivas de sus titulares, ya sea con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, comprendiendo además aquellas causales de retiro del servicio previstas en las normas de carrera administrativa; y que se aplican para los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

De otra parte, el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016^[1] dispone que a edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

De otro lado y teniendo en cuenta que un empleado público se encuentre dentro de la edad de retiro forzoso, es decir de 70 años, la entidad en aplicación de los artículos 1 de la Ley 1821 de 2016 y 41 de la Ley 909 de 2004, podrá proceder al retiro definitivo del servicio de dicho funcionario.



ALCALDÍA DE PEREIRA

1610 Dirección de Asuntos Legales --

[1] Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 *“Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”*

Atentamente,

