



Concepto 454851 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000454851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000454851

Fecha: 20/12/2021 10:37:27 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. LEY DE GARANTIAS. ¿Es viable que durante la aplicación de la Ley 996 de 2005 (Garantías Electorales) se vinculen empleados públicos en la modalidad de provisionales, para cubrir vacancias temporales? RADICACIÓN 20219000741522 del 14 de diciembre de 2021.

Me refiero a la comunicación de la referencia, por medio de la cual consulta si durante la aplicación de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías), es viable vincular a un empleado en provisionalidad para cubrir una vacancia temporal, me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero señalar, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

El párrafo del artículo 38 de 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", consagra:

"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." (Subrayas fuera del texto).

En Colombia, los cargos de elección popular son los cargos correspondientes a presidente de la República, vicepresidente, Congresistas, Diputados, concejales, Gobernadores, alcaldes y ediles.

Como es de conocimiento público, durante el año 2022, se realizarán en el territorio nacional dos jornadas electorales, esto es: la de Congresistas, que se efectuará el 13 de marzo de 2022, y la de Presidente y Vicepresidente de la República, que se llevará a cabo el 29 de mayo de 2022, por lo que se hace necesario dar cumplimiento a las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículo 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, en cuanto a la modificación de la nómina de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva.

Por lo tanto, las restricciones y prohibiciones para la vinculación de personal a la nómina estatal, comenzarán en las siguientes fechas:

- Para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Territorial comenzará cuatro (4) meses antes de las elecciones para Congreso, esto es, nueve (9) de noviembre de 2013, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta. (Parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005)

De conformidad con lo anterior, 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 generadas con ocasión de renuncia, licencia o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración. Así como las designaciones que se realicen en aplicación de las normas de carrera administrativa.

En ese sentido, el Consejo de Estado mediante concepto número 1.839 de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto a la prohibición contenida en la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades, señaló:

"(...) la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley -incluido el de Presidente de la República- ; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38." (Resalta la Sala).

Así las cosas, resulta claro que el artículo 38 de la ley de garantías electorales abarca las elecciones presidenciales y a las de carácter territorial, por ende, las prohibiciones en ella contenidas deben observarse durante el período preelectoral previsto en la misma."

"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 parágrafo 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 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." (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con el citado concepto del Consejo de Estado, la Ley de Garantías prohíbe modificar la nómina de las entidades públicas dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, es decir no podrán desvincular o nombrar a empleado público alguno.

Ahora bien, es claro que con el propósito de no afectar el normal desarrollo de las entidades estatales y frente a la prohibición que consagra la Ley de Garantías, en el sentido de no afectar las nóminas de las entidades públicas en época preelectoral; es viable aplicar la figura del encargo para proveer las vacancias temporales de los empleos.

El encargo es una situación administrativa dispuesta en la Ley 909 de 2004 en su artículo 24 desarrolla la figura y establece requisitos que deberán acreditarse y cumplirse para ser otorgado, así:

"ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva."

Así las cosas, el encargo se constituye en derecho preferencial para los empleados de carrera administrativa de la planta de personal de la entidad, que acrediten los requisitos para el ejercicio del empleo, poseen las aptitudes y habilidades para el desempeño del mismo, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

Sobre la materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil como máximo organismo en la carrera administrativa en Colombia se pronunció en la Circular No. 005 del 23 de julio de 2012 y señaló:

"2.1 EL ENCARGO COMO DERECHO PREFERENCIAL.

CONCEPTO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor para asumir, total o parcialmente las funciones de otro empleo por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las funciones propias de su cargo.

ALCANCE: Derecho preferencial que otorga la carrera a sus titulares, al tenor de lo señalado en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y 96 del Decreto 1227 de 2005. El encargo como medio de provisión transitoria de los empleos de carrera en vacancia definitiva o temporal, constituye un derecho preferencial de los servidores de carrera.

De la anterior premisa se deriva que:

(....)

d) El encargo constituye un derecho preferencial para aquellos servidores de carrera que cumplan a cabalidad con los requisitos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y una posibilidad discrecional que, a falta de aquellos, se podrá agotar respecto de los servidores de carrera que, sin tener evaluación del desempeño sobresaliente, cumplan con los demás requisitos exigidos en la norma.

e) Solo cuando se haya descartado la posibilidad de proveer transitoriamente un empleo a través de la figura de encargo, será posible acudir al nombramiento en provisionalidad."

En criterio de lo mencionado, la figura del encargo hace parte de la carrera administrativa propiamente dicha; por lo tanto, será procedente su aplicación en las vacancias temporales o definitivas que se presenten incluso durante la vigencia de la Ley de Garantías.

Ahora bien, el texto del párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, excepciona la regla general de modificación de la nómina de las entidades del orden territorial en dos circunstancias, por un lado, cuando se presente muerte del servidor público, licencia o renuncia debidamente aceptada, en tales circunstancias se presenta la vacancia de un empleo, y podrá dar lugar a proveerse con nombramiento provisional, siempre que se motive el acto de nombramiento.

En segundo lugar, cuando los empleos sean provistos a través de la aplicación de las nomas de carrera administrativa, llámese concurso público de méritos o para el caso analizado con el encargo; figura que hace parte de la carrera administrativa propiamente dicha y que no constituye una modificación de la nómina de la entidad, en el sentido de que no produce una nueva vinculación a la planta de personal.

De conformidad con lo anterior, cuando se presenta una vacante temporal en un empleo de carrera administrativa que implique separación temporal del titular, podrá ser provisto mediante encargo a servidores públicos de carrera, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Por otra parte, en caso de presentarse vacancias definitivas en empleos públicos, como consecuencia de renuncia irrevocable o muerte del empleado, y una vez verificado que dentro de la planta de personal de la entidad, no se cuenta con la existencia de empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil requeridos en el manual específico de funciones, que puedan ser encargados en dichos empleos; se podrá acudir al nombramiento en provisionalidad, indicando en el acto administrativo de nombramiento los motivos por los cuales se hace indispensable la provisión de dicho empleo.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que únicamente en los casos señalados

taxativamente por la norma, se podrán realizar nombramientos provisionales, en empleos con vacancia definitiva por renuncia o muerte del titular, o vacancia temporal por licencia del titular o cuando la provisión se haga como consecuencia del concurso de méritos.

En consecuencia, para el caso por usted planteado, el empleo de Jefe de División de Patrimonio Cultural que se encuentra en vacancia temporal por suspensión de su titular (art. Artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015) durante la aplicabilidad de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías) solo podrá ser provisto por medio de la figura de encargo conforme al procedimiento dado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

En caso que en la planta de personal de la entidad no exista una persona para ser encargada en dicho empleo, no será viable realizar un nombramiento provisional, toda vez que dicha figura durante la aplicabilidad de la Ley de Garantías, solo será viable en caso que se presente muerte del servidor público, licencia o renuncia debidamente aceptada del titular de dicho empleo.

Me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suárez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:20:21