Función Pública

Concepto 153481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000153481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000153481

Fecha: 22/04/2022 02:03:46 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Provisión. - Nombramiento provisional en ley de garantías. Radicado: 20222060110262 del 043 de marzo de 2022.

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la posibilidad de proveer cargos mediante nombramientos provisionales, en vigencia de la ley de garantías, me permito indicarle lo siguiente:

Sea lo primero en advertir que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública", a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el 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, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para pronunciarse sobre situaciones particulares. No obstante, se suministrará la información legal y jurisprudencial relacionada con el caso, con el objeto de que adopten las decisiones respectivas.

Respecto a la aplicación de la Ley de Garantías, el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, 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."

De acuerdo con el artículo citado, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel territorial, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección de cargos de elección popular.

Por lo tanto, durante dicho término:

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.

No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renuncias, 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.

Ahora bien, en cuanto a las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal, 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, afirmó:

"(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 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. (49)"

En ese sentido, según la jurisprudencia podría interpretarse que dentro de las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal estarían aquellas situaciones en las que se requiera cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres.

Por otra parte, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

"... 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.

"(...)"

"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."

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, se entiende 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. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia definitiva por renuncia, muerte o licencia, 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, caso en el cual procede el nombramiento en periodo de prueba o a través de encargo.

En igual sentido, la Circular conjunta 100-006 de 2021, proferida por la Presidencia de la República indicó lo siguiente:

¿Pueden crearse o suprimirse empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal en vigencia de la ley de garantías?

Podrán efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, en las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, siempre que ello no implique la modificación de la nómina de la entidad, es decir, ni crear, ni suprimir empleos, toda vez 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 su provisión, así como a la incorporación y desvinculación de persona alguna de la planta de la respectiva entidad

De conformidad con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, 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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias."

(…)

¿En ley de garantías se puede nombrar un empleado en provisionalidad para proveer un cargo vacante?

En vigencia de la restricción no es posible proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales."

Por lo tanto, se indica que la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos, por consiguiente 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 licencias o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, esto último significa que al presentarse la vacancia en el cargo, el empleo se podrá proveer mediante concurso de méritos, por encargo, con personal de carrera, siempre y cuando por necesidades del servicio se requieran.

En consecuencia, y atendiendo a su consulta, esta Dirección Jurídica concluye:

1. No será aplicable la restricción de la Ley de Garantías que hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos en caso que se requiera la provisión de las vacantes para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres.

En este sentido, el IDIGER deberá analizar si los empleos a los que refiere su consulta se requieren específicamente para cubrir desastres o estas otras emergencias, teniendo en cuenta que su misionalidad es la Gestión de Riesgos y Cambio Climático.

2. En todo caso, en caso de aplicarse la Ley de Garantías, ésta hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos, por consiguiente 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 licencias o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, esto último significa que al presentarse la vacancia en el cargo, el empleo se podrá proveer mediante concurso de méritos, por encargo, con personal de carrera, siempre y cuando por necesidades del servicio se requieran.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, sólo procede el nombramiento provisional en caso que se trate de la provisión de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, esto siempre y cuando no haya sido posible efectuar la provisión de las mismas mediante la figura de encargo, en el entendido que el nombramiento provisional solo puede usarse de manera excepcional, como lo indica la norma.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link /eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Maria Camila Bonilla.

Revisó: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:07:47