

**Función Pública**

Concepto 223891 de 2022 Departamento Administrativo de Servicio Civil

20226000223891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000223891

Fecha: 17/06/2022 06:31:49 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEOS. Provisión. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Provisión de empleo mediante encargo durante la ley de garantías. Radicado: 20229000208992 del 19 de mayo de 2022.

Acuso recibo de su comunicación de referencia, mediante la cual consulta si durante la Ley de garantías puede encargar a un funcionario de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción que está vacante hace más de un año.

Al respecto, me permito indicarle en primer lugar que en relación a la procedibilidad de que una entidad realice encargos en un empleo vacante en vigencia de la Ley de Garantías, es preciso abordar lo dispuesto en la Ley 996 de 2005, a saber:

“ARTÍCULO 38. *Prohibiciones para los servidores públicos.*

(...)

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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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 participe n 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.” (Subrayado inciso 4° fuera del texto)

Frente a la constitucionalidad del inciso 4° del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia consideró lo siguiente:

"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.

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.

Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 será declarado exequible." (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte la Circular Conjunta **100-006** de 2021, expedida por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, indicó sobre la posibilidad de realizar encargos durante la ley de garantías, lo siguiente:

"¿Pueden efectuarse encargos para proveer vacancias definitivas o temporales en vigencia de la Ley de Garantías?

En vigencia de la Ley de Garantías, es viable la provisión de empleos vacantes a través de la figura del encargo a servidores públicos de carrera en los términos de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando las necesidades del servicio lo requieran. Lo anterior, debido a que la designación mediante encargo no afecta ni genera la modificación de la nómina correspondiente y se encuentra dentro de la aplicación de las normas de carrera administrativa."

De las consideraciones anteriormente citadas, puede interpretarse entonces que la prohibición de modificar la nómina durante los cuatro meses anteriores a las elecciones de cargos de elección popular en las entidades territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de entidades descentralizadas de cualquiera de los órdenes, obedece a la garantía de que no se utilice como medio para campaña electoral y promueva la transparencia del actuar administrativo.

Sin embargo, la norma dispone una excepción a esta prohibición en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa y la eficacia de la administración; autorizando la vinculación en la nómina de las entidades territoriales dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de cargos de elección popular. Para la Corte, en el caso que se requiera dentro de la administración proveer un cargo por necesidades del servicio, no se trata de un cargo creado dentro de este periodo de campaña, sino deviene de una necesidad permanente de la administración.

Se tiene entonces 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.

Por lo anterior, y en atención a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que, durante la Ley de Garantías, para proveer vacantes temporales o definitivas en cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, la Administración podrá acudir al encargo, siempre y cuando las necesidades del servicio lo requieran. Lo anterior, debido a que la designación mediante encargo no afecta ni genera la modificación de la nómina correspondiente y se encuentra dentro de la aplicación de las normas de carrera administrativa.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: María Camila B.

Revisó: Harold I. Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“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.”

Corte Constitucional, Sala Plena, 11 de noviembre de 2005, Referencia: expediente PE-024, Consejero Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:34:50