



Concepto 107571 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000107571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000107571

Fecha: 11/03/2022 02:26:21 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Viabilidad de proveer empleos en vigencia de la ley de garantías con un empleado con derechos de carrera administrativa. RADICADO: 20222060112912 del 08 de marzo de 2022.

Reciba un cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual da alcance a su consulta 20222060098702 del 24 febrero de 2022, la cual fue respondida mediante oficio 2022600095101 del 01 de marzo, y en la cual se concluye que:

"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 irrevocable del cargo debidamente aceptada, 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. De acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, resulta viable la provisión de empleos públicos en vigencia de las restricciones de la Ley de garantías electorales, siempre que logre demostrarse que dicha provisión resulta indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración; es decir, debe probarse la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidades del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público. En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

De otra parte, si el cargo a proveer se refiere a un empleo de carrera administrativa, se deberá agotar en primer lugar la posibilidad de realizar encargo de los empleos de carrera administrativa de la entidad que cumplan con los requisitos para su ejercicio y posteriormente acudir a la figura del nombramiento provisional, debidamente justificado; sin que se encuentre la posibilidad de hacer el "reintegro" de la servidora en cuestión en este empleo, toda vez que el mismo ya fue cumplido mediante el Decreto 000116 de 2015.

De acuerdo con lo señalado tenemos que mediante el Decreto 000116 de 2015 se hizo el reintegro de la señora Lía Johanna Hernández Carrillo en el empleo de "secretario código 440, grado 19", sin que se señale en el acto administrativo en mención la vacancia en la cual se encontraba dicho empleo, pero que según lo manifestado, corresponde a una vacancia temporal, de manera que una vez realizados los nombramientos productos de las listas de elegibles resultantes de los concursos de méritos adelantados, implicarían para la servidora su retiro. En este sentido es importante señalar que no queda claro cómo es posible que la servidora en cuestión cuente con derechos de carrera administrativa sobre un empleo que fue suprimido⁴, pero que, además, según la sentencia proferida por el Consejo de Estado⁵ "confirma la providencia del Tribunal por la cual declaró la nulidad de la Ordenanza 0075 de 19 de noviembre de 1998 expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, en cuanto suprimió el cargo que Lía Johanna Hernández Carrillo venía desempeñando como Auxiliar Contable código 0620, grado 04"; y además cuyo

reintegro para dar cumplimiento a la orden judicial fue hecho al parecer, sobre un empleo en vacancia temporal en la planta de personal de otra entidad pública.

Finalmente, de forma general respecto de la posibilidad de nombrar a la servidora en cuestión en un empleo en grados salariales inferiores, es importante indicar que la Corte Constitucional ha establecido que debe haber una movilidad salarial a fin de garantizar que se conserve no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia; por lo tanto, es obligación de la administración, realizar el reajuste o aumento salarial anual dentro de los límites fijados por el Gobierno Nacional, en igualdad de condiciones para todos los empleados.

A su vez, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4^a de 1992 el Gobierno Nacional deberá aumentar la remuneración de los empleados públicos con efectos fiscales a partir del 1 de enero de cada anualidad, con el fin de conservar el poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores bajo mandato constitucional. De esta manera el derecho al trabajo se ha constitucionalizado, pues muchas de las normas de la Carta se destinaron a protegerlo; así, el artículo 53 establece los principios que deben regir el trabajo como actividad humana por excelencia y entre ellos se encuentra el de la remuneración mínima vital y móvil y el de la irrenunciabilidad a los derechos laboral. Luego, si el derecho a un salario móvil es de naturaleza constitucional, de orden público y de naturaleza irrenunciable, todo empleado ya sea del sector público o privado, empleado público o trabajador oficial, tiene derecho al menos a un incremento salarial anual. Así las cosas, no resultaría viable que, a un trabajador, ya sea del sector público o privado se le disminuya su asignación salarial".

Al respecto nos permitimos manifestar que de acuerdo con los hechos de su consulta y que no difieren sustancialmente de los inicialmente presentados se tendría las mismas conclusiones presentadas.

De esta manera se responderá su interrogante de forma general sobre la viabilidad de proveer empleos en vigencia de la ley de garantías con una empleada que tiene derechos de carrera administrativa y la figura a utilizar, de la siguiente manera:

Sea lo primero señalar que la Ley 996 de 2005¹, denominada también ley de garantías establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, señalando lo siguiente:

"Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. 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.

(...)

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 y negrilla fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, 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.

Así mismo se estableció 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, 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.

Es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual expresó:

"De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre

este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

(...)

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 precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9."

"(...)"

"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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la Circular Conjunta 100- 006 de 2021 expedida por este Departamento Administrativo y la Presidencia de la República, señaló:

- Con respecto a la vinculación a la nómina estatal, 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, es decir, desde el 29 de enero de 2022 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso.

Queda exceptuada de la anterior restricción, lo referente a:

- La defensa y seguridad del Estado
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres
- 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,
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

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.

(...)"

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

En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas², salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo³ indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, como los nombramientos que deban hacerse en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil⁴. Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer¹⁵.

(...)

¿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 administrativa⁶." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en el respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre 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.

Ahora bien, la norma exceptúa la prohibición de modificar la nómina cuando 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, como es el caso de los nombramientos en encargo para los empleados con derechos de carrera administrativa.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, tenemos que, en el caso de dar aplicación a las normas de carrera administrativa, no hay restricción en vigencia de la ley 996 de 2005 para que las entidades y organismos públicos provean las vacantes temporales o definitivas mediante la figura del encargo en los términos de la Ley 909 de 2004⁷:

"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.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicara para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.

De tal manera que, si la servidora pública en cuestión cumple con las condiciones señaladas en la norma, esto es:

Acreditar los requisitos para el ejercicio del empleo,

Poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño,

No haber sido sancionada disciplinariamente en el último año y,

Tener la última evaluación del desempeño en calificación 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).

En este orden de ideas, de forma general sobre el interrogante planteado, para la provisión del empleo se podrá utilizar la figura del encargo en un empleo en vacancia definitiva, estando en vigencia las restricciones de la ley de garantías; siendo responsabilidad del jefe de la unidad de gestión humana o quien haga sus veces el verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades del empleado que se posesiona en esta situación administrativa de acuerdo con el artículo 2.2.2.7.5 del Decreto 1083 de 2015⁸.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo y https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html](https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

1 "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".

2 Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional

3 Concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

4 En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...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...".

"...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."

5 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1de abril de 2014. Radicación número: [11001-03-06-000-2014-00074-00](#). Radicación interna: 2207.

6 En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...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..."

7 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

8 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:26:01