

**Función Pública**

Concepto 094381 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000094381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000094381

Fecha: 01/03/2022 10:17:25 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO – Vacancia temporal. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS – Encargo. Ley de Garantías. Radicado: 20229000077162 del 10 de febrero de 2022.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de nombrar o contratar el reemplazo de la profesional universitaria de talento humano y control interno disciplinario de una empresa de servicios públicos de aseo, quien sufrió una incapacidad desde el día 11 de enero de 2022, y al parecer se va extender por dos meses más, lo anterior teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley de Garantías, y la sobrecarga laboral del jefe de la oficina jurídica quien ha asumido el encargo del empleo de jefe de control interno, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, frente a la naturaleza jurídica de la Empresa de Servicios Públicos que referencia en su consulta, el Decreto 016 de 1993 “*por el cual se crea y regula el INSTITUTO DE SERVICIOS VARIOS DE IPIALES “ISERVI”, y se dictan otras disposiciones*”, dispone que cuenta con un carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, organismo descentralizado del Municipio de Ipiales con funciones de prestación de servicios públicos varios.

En el mismo decreto, esta vez sobre la calidad de quienes prestan servicios en dicha empresa, el artículo 31 y ss. consagran que existirán empleados públicos y trabajadores oficiales; entendiendo que los primeros son aquellos que desempeñan funciones de dirección, confianza y manejo y administrativas en general, cuya vinculación es mediante acto administrativo, y la empresa según sus necesidades del servicio podrá vincular por labor contratada.

Bajo los anteriores criterios, esta Dirección Jurídica interpretará que el primer cargo Profesional Universitario que relaciona en su consulta, presenta una naturaleza jurídica de trabajador oficial, y el empleo de jefe de control interno se analizará bajo las disposiciones contenidas para los empleos de libre nombramiento y remoción.

Centrándonos en el cargo de Profesional Universitario, la Constitución Política de Colombia a manera de introducción, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. (...).” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, la Ley 489 de 1998¹ consagra lo siguiente frente a las características de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a saber:

"ARTÍCULO 85.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994 (...)." (Subrayado fuera de texto original)

A su vez, el régimen jurídico laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se encuentra dispuesto en el artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968², el cual señala:

"ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa citada, se puede concluir que por regla general el vínculo laboral de quienes presten sus servicios en la Empresas Industriales y Comerciales del Estado es la de trabajadores oficiales, y en los estatutos internos de la entidad deberá precisarse aquellos que por el desempeño en actividades de dirección o confianza su relación laboral para con dicha empresa deberá realizarse en empleos cuya naturaleza jurídica corresponde a la de libre nombramiento y remoción, ostentando calidad de empleados públicos.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado entonces, cuyo capital consta mayoritariamente con participación del Estado, su planta de personal se conformará por trabajadores oficiales y empleados de libre nombramiento y remoción según el carácter funcional de sus actividades, por lo tanto, y teniendo en cuenta que en su consulta no relaciona la naturaleza del cargo Profesional Universitario, en caso de que se encuentre dispuesto en la empresa como de trabajador oficial, el artículo 2.2.30.1.2 del Decreto 1083 de 2015³, dispone:

"ARTÍCULO 2.2.30.1.2 Contrato de trabajo con las entidades públicas.

1. El contrato de los trabajadores oficiales con las entidades públicas, correspondientes, deberá constar por escrito.

En dicho contrato se hará constar la fecha desde la cual viene prestando sus servicios el trabajador.

2. El mencionado contrato se escribirá por triplicado, con la siguiente destinación: un ejemplar para el empleador, otro para el trabajador y uno con destino a la institución de previsión social a la cual quede afiliado el trabajador oficial."

Por el tipo de vinculación laboral, los trabajadores oficiales pueden convenir o pactar por medio de pliegos de peticiones, las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, el reglamento interno de trabajo, entre otros aspectos diferentes a los reglamentos generales.

Quiere decir que las convenciones y pactos colectivos, laudo arbitral y reglamento del trabajo hacen parte de los derechos del contrato laboral que suscriba un trabajador oficial.

Así las cosas, y para dar respuesta a su primer interrogante, los trabajadores oficiales se regulan en material laboral por lo establecido en el contrato de trabajo, el reglamento interno, y dada su condición para suscribir convenciones colectivas, también se sujetan a lo establecido en las

mismas, razón por la cual, la Empresa Industrial y Comercial del Estado deberá acudir a dichos instrumentos, y así determinar la forma en que deberá proveerse el empleo vacante temporal por encontrarse su titular en licencia por enfermedad.

Ahora bien, abordando su segundo interrogante, relacionado con la provisión del empleo vacante temporal de Jefe de Control Disciplinario, esta Dirección Jurídica se pronunciará de forma general e interpretando que este se encuentre dentro de la empresa como un empleo de libre nombramiento y remoción.

Bajo este precepto, el artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015⁴ dispone que un empleo público quedará temporalmente vacante cuando su titular se encuentre, entre otros, en licencia, para lo cual, en el mismo decreto, el artículo 2.2.5.5.12 dispuso lo siguiente:

“Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador”. (Subrayado fuera del texto original)

En este orden de ideas, mientras que el titular de un empleo de libre nombramiento y remoción se encuentra en licencia por enfermedad, su empleo quedará vacante temporalmente y su provisión consistirá de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.” (Subrayado fuera del texto original)

Del aparte normativo expuesto, se tiene que dentro de las entidades u organismos pertenecientes a la Rama Ejecutiva que cuenten con vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura de encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en la empresa para el desempeño del cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso abordar lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019⁵, que modificó el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, a saber:

“ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. (...)

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. (...)” (Subrayado fuera del texto original)

En el mismo sentido, el Decreto 1083 de 2015⁶ dispuso lo siguiente en relación a la figura de encargo para proveer vacancias temporales, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.4.7 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo. (...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado. (...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos 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 temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (...) (Subrayado fuera del texto original)

Así las cosas y atendiendo su tema objeto de consulta, el empleo vacante temporal por encontrarse su titular en licencia por enfermedad se proveerá mediante encargo con empleados de libre nombramiento y remoción de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, cuyo término de duración corresponderá al tiempo que dure la misma.

Esta figura de encargo como una situación administrativa de los empleados públicos presenta un doble carácter, el primero, es que es una forma de provisión de empleos vacantes de forma temporal, y el segundo, es permitir a la administración prever las dificultades que se le puedan presentar en casos de la ausencia de un empleado, para que otro asuma parcial o totalmente las funciones de otro empleo del cual no es titular, reiterando que el encargo en empleos de libre nombramiento y remoción deberá surtirse con aquel empleado que cumpla los requisitos y el perfil para su desempeño.

En consecuencia y para dar respuesta a su interrogante, sobre la procedibilidad de suscribir contrato mientras permanezca en licencia por enfermedad el Jefe de Control Interno Disciplinario de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, esta Dirección Jurídica considera que por la naturaleza del empleo de libre nombramiento y remoción su vinculación o forma de provisión temporal debe realizarse mediante acto administrativo en los términos de las normas indicadas, toda vez que este se presupone dentro las vinculaciones legales y reglamentarias de la administración.

Por último, y en las anteriores condiciones, frente a la procedibilidad de que una entidad descentralizada nombre un reemplazo en un empleo de libre nombramiento y remoción y en el cargo Profesional Universitario como trabajador oficial, vacantes temporales en vigencia de la Ley de Garantías, es preciso abordar lo dispuesto en la Ley 996 de 2005⁷, a saber:

“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.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”.

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...)

Parágrafo. 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. (...)

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 4º fuera del texto original)

Frente a la constitucionalidad del artículo 32 y el inciso 4° del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia⁸ consideró lo siguiente:

“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 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 y negrilla fuera del texto original)

De las consideraciones anteriormente citadas, tenemos que la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público que prescribe el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, se refiere a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a la provisión de estos, salvo que se trate de solventar situaciones por la renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Este Alto Tribunal, y en consecución al caso en concreto de su consulta, observa que la provisión de aquellos empleos que se encuentren vacantes temporales por encontrarse su titular en licencia estando vigente la Ley de Garantías no se encuentra prohibida, siempre que dicha provisión sea indispensable para el correcto funcionamiento de la administración pública.

Entretanto, y frente a la prohibición contenida en el artículo 38 de la misma ley 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 cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y los cargos de carrera administrativa. Para la Corte, en el caso que se requiera dentro de la administración proveer un cargo por necesidades del servicio bajo estas condiciones, no se trata de un cargo creado dentro de este periodo de campaña, sino deviene de una necesidad permanente de la administración.

En ese sentido, si bien esta última excepción en relación a la aplicación de las normas de carrera y por renuncia o muerte de quien se encontraba como titular de un empleo público, no es aplicable al caso objeto de consulta, toda vez que los titulares de estos cargos se encuentran en licencia por enfermedad y son empleos de libre nombramiento y remoción y de trabajador oficial; si le es de su aplicación lo contemplado por la Corte en relación a la provisión de cargos por encontrarse su titular en uso de licencia.

Así entonces, y para dar respuesta a su segundo interrogante, reiterando la vinculación legal y reglamentaria que caracteriza los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, sin que proceda la suscripción de contrato, es procedente encargar en este empleo vacante en los términos que dispone la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, separándose parcial o totalmente de sus funciones, siempre que el empleado cumpla con los requisitos para su desempeño.

Lo anterior teniendo en cuenta que, esta persona ya se encontraba vinculada en la Empresa Industrial y Comercial del Estado, y no se está modificando la nómina de la respectiva empresa.

Para el caso del empleo Profesional Universitario, su provisión se realizará en plena observancia de lo dispuesto en el reglamento interno u otros instrumentos, teniendo en cuenta la prohibición de modificar la nómina estatal salvo que se trate de solventar situaciones indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública por encontrarse en este caso, el titular del cargo en licencia por enfermedad.

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: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 *"Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."*

2 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales."*

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

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

5. *" Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*

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

7. *"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. "*

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

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 20:05:36