

**Función Pública**

Concepto 155051 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000155051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000155051

Fecha: 20/04/2023 10:44:02 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS / VACACIONES - RADICADO: 20232060156462 del 10 de marzo de 2023.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta: “Existe alguna norma que no permita solicitar vacaciones en ley de garantías por elecciones”.

En atención al oficio de la referencia, relacionado a establecer si es procedente otorgar vacaciones a un empleado en aplicación de la Ley de Garantías Electorales, así como la forma de proveer las vacantes temporales, me permito indicar lo siguiente:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones que las entidades territoriales deben tener en cuenta como consecuencia de las elecciones que se efectuaran en el territorio nacional el próximo 27 de octubre de 2019, para asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y miembros de juntas administradora locales, siendo de aplicación el artículo 38 de la citada norma, que señala:

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

(...)

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. (Subrayado fuera de texto)

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”.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

“...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". (Subrayado fuera de texto)

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 por renuncia, licencia o muerte, 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.

Señala la Corte que, 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.

A su vez, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, conceptuó:

«...el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada". La expresión "por faltas definitivas" que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, "proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo", caso en el cual "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".

En el caso concreto, las palabras "falta definitiva" no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador (6). De conformidad con su entendimiento natural y obvio (7), la "falta definitiva" es sinónimo de vacancia del cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de su ausencia definitiva por expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011.

La interpretación sistemática del inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 (8) impone que esa expresión sea analizada, además, en función de otras normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentran los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, que ordenan a los gobernadores y alcaldes designar a los funcionarios responsables del control interno para continuar la lucha contra la corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, indispensables en orden a obtener el cabal funcionamiento de la administración.

Bajo este entendimiento, la expiración del periodo fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva (9) y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de suerte que habilita la designación de su reemplazo por parte del nominador territorial aún encontrándose en curso la campaña electoral de un cargo de elección popular. No se trata en este caso de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Así, la expresión "falta definitiva" no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

En conclusión, la expresión "por faltas definitivas" incluye el supuesto de hecho descrito en la consulta, lo que significa que los alcaldes y gobernadores pueden hacer la designación de los funcionarios responsables de control interno de las entidades del orden territorial, una vez expirado el término de duración del periodo correspondiente, incluso dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. (...)»

De acuerdo con la interpretación del Consejo de Estado plasmada en el anterior concepto, la expresión «falta definitiva» no se limita a la muerte o renuncia del funcionario, sino que abarca otras causas legales de retiro del servicio, como es el caso de la expiración del periodo, teniendo en

cuenta que el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

Es decir, la falta definitiva puede originarse por causales diferentes a la muerte o renuncia, y la provisión del cargo es posible en la medida en que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Según esta Corporación, en estos casos no se trata de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Como puede observarse, la interpretación del Consejo de Estado es concordante con la posición de la Corte Constitucional, que expresó en la sentencia C-1153 de 2005, 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 que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

De acuerdo con lo expuesto, respecto a las restricciones y prohibiciones consagradas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se colige que las mismas se encaminan a restringir la modificación de la nómina de la entidad, sin que prohíba el reconocimiento de situaciones administrativas como es el caso de las vacaciones de los empleados públicos.

En consecuencia y en virtud de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2018, esta Dirección Jurídica considera que en el caso de vacaciones temporales (como es el caso de las vacaciones¹), la administración podrá encargar a un empleado con derechos de carrera para que cumpla las funciones del empleado que se encuentra en vacaciones.

Por lo que para resolver su caso en concreto, no existe norma que prohíba el goce de las vacaciones a los empleados públicos por encontrarse en épocas de campaña ya que estas no hacen parte de las limitaciones que fija la ley de garantía; es así como otorgar las vacaciones no atenta contra la transparencia de los comicios electorales.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:41:40