



Función Pública

Concepto 118951 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

20136000118951

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000118951

Fecha: 26/07/2013 03:40:03 p.m.

Bogotá, D.C.

REF: EMPLEOS. Provisión del empleo de jefe o asesor de control interno por terminación del periodo en vigencia de la Ley de Garantías. RAD. 2013091372.

En atención a su comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

1. La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, estableciendo limitaciones a la vinculación de personal a las entidades, que por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado. Esta ley señaló en los artículos 32 y 38, 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.

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”. (Subrayado fuera de texto)

“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 fuera de texto)

De conformidad con la anterior disposición, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de cargos de elección popular, los entes o entidades del nivel territorial no podrán modificar la nómina, estableciéndose en el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, dos excepciones a esta prohibición, así: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹.

Por su parte, la Directiva Unificada No. 003 de 2011 de la Procuraduría General de la Nación, solicitó a los servidores públicos:

“1) Atender las prohibiciones que por virtud de la ley 996 de 2005 y la sentencia de Constitucionalidad C-1153 de 2005 aplican, en materia de contratación estatal, utilización de muebles e inmuebles, inauguración de obras públicas y modificación de la nómina:

“(…)”

d. 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 fuera de texto)

Sobre este mismo tema, mediante la Circular Externa CIR11-75-GEL-0213 del 1º de julio de 2011 el Ministerio del Interior y de Justicia, expresó:

“En cuanto al inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 sobre la congelación de nóminas en las entidades territoriales. En el examen de constitucionalidad de la Ley 996 de 2005, sentencia C-1153 de 2005, la Corte Constitucional frente al parágrafo del artículo 38 dijo:

“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, 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 mismo, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”. (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C- 1153/05 del 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se sostuvo:

“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". (Subrayado nuestro)

Así mismo, el Consejo de Estado en Concepto Número [1.839](#) de julio 26 de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos respecto al Alcance de la prohibición contenida en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, señalo:

"III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del parágrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías."

De conformidad con la norma en cita, y la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado, la Ley de Garantías establece que el respectivo ente territorial o entidad, no podrá modificar la nómina dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, lo cual incluye nombrar o desvincular a ninguno de sus funcionarios, salvo en los casos expresamente exceptuados, es decir, 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.

Para el caso que nos ocupa, tenemos que a partir de la expedición de la Ley [1474](#) de 2011, el empleo de jefe o asesor de control interno, se clasifica como de periodo en las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del nivel territorial, lo que quiere decir, que al terminar el periodo el empleo queda vacante.

Sobre la provisión de este empleo en vigencia de la Ley de Garantías por terminación del periodo, esta Dirección Jurídica considera que esta causal que da origen a la vacancia definitiva, no está contemplada dentro de las excepciones establecidas a la prohibición general de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, lo cual quiere decir, que no es posible proveerlo

durante la vigencia de la Ley 996 de 2005.

Ahora bien, la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto 2400 de 1968, art. 18) para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente². Otra característica que tiene el encargo es que el empleado encargado tendrá derecho a la sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.

De acuerdo con los lineamientos anteriormente citados, en criterio de esta Dirección se considera viable encargar a un empleado de la entidad en el cargo de jefe o asesor de control interno, en vigencia de la Ley de Garantías, considerando que con ello se está dando aplicación a las normas de carrera administrativa, es decir, encuadra dentro de las excepciones de la prohibición en mención.

2. Respecto a si es viable descontar el valor correspondiente a salud cuando se le compensan las vacaciones a un empleado, me permito remitirle copia del concepto número 332885 del 27 de octubre de 2011, emitido por el Ministerio de la Protección Social, mediante el cual ese organismo se pronunció sobre el tema en los siguientes términos:

“No obstante, frente a la base para liquidar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, esta Oficina es del criterio que las vacaciones compensadas en dinero, no se incluyen para la liquidación de estos aportes, por cuanto no constituyen factor salarial ni se incluye dentro del salario.

Lo anterior, se encuentra de conformidad con el Artículo 5 de la Ley 797 de 2003, el Parágrafo 1 del Artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y el Artículo 17 del Decreto 1295 de 1994, los cuales establecen que la base para calcular las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales respectivamente, será el salario mensual.”

3. Respecto a la mesada catorce de los pensionados del orden territorial, me permito comunicarle que de conformidad con la Circular Interna No. 00024 de marzo 15 de 2004 la autoridad competente para conocer sobre seguridad social, tanto del sector público como privado, es el Ministerio del Trabajo, por lo que deberá remitirse a ese organismo.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ La Ley 909 de 2004 señala: “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

m) Por muerte; (...)".

² El Decreto 1950 de 1973 señala: "ARTICULO 34. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo." (Subrayado fuera de texto)

Anexo lo enunciado

Pablo Talero/GCJ-601-2013-09137-2

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:05:16