



Concepto 082311 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000082311

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000082311

Fecha: 18/02/2022 09:43:16 a.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEOS. Provisión. ¿Es viable la provisión de un empleo mediante encargo durante la Ley de Garantías? RADICADO: 20229000030802 del 18 de enero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual manifiesta que es empleado público de carrera administrativa como profesional en sistemas y por necesidad del servicio le realizaran un encargo como director Tic, donde cumple con todos los requisitos de estudio y experiencia, por lo que consulta si durante la vigencia de la Ley de Garantías es posible realizar el encargo y asignarle la remuneración del director Tic.

Al respecto, es oportuno señalar en primer lugar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo que, Frente a la prohibición de modificar la nómina estatal para las entidades territoriales, en vigencia de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005², el Artículo 38 consagra:

“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)

Dispone el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel territorial, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección de cargos de elección popular.

Por lo tanto, durante dicho término:

- No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o 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 período de prueba o por encargo.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del Artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante

sentencia [C-1153/05](#) del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

“... 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 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 pretenden 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.”

(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 definitiva por renuncia, 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.

Por lo tanto, para dar respuesta a su pregunta, se tiene 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.

Sobre el particular, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en conjunto con el Departamento Administrativo de la Función Pública, emitió circular conjunta [100-006](#) de 2021, en la que se dispuso 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

(...)”.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, en su caso, si cumple con los requisitos del empleo, será viable el encargo durante la ley de garantías, pues con esto no se modifica la nómina de la entidad.

De igual manera, y de conformidad con lo establecido en el Artículo [2.2.5.9.11](#) del Decreto [1083](#) de 2015³, el empleado encargado tiene derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular, en ese sentido se concluye que siempre que el titular del empleo en el cual será encargado no perciba el salario, usted tendrá derecho a la diferencial salarial durante el tiempo que se encuentre encargado en dicho cargo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el Covid-19.

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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

²Por 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.

³Reglamentario Único para el Sector Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:10:25