



## Concepto 170291 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000170291\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000170291

Fecha: 09/05/2022 10:21:41 a.m.

Referencia: EMPLEO. Empleado provisional. Ley de Garantías. Radicado: 20229000157592 del 07 de abril de 2022

Consulta: *“Es posible asignar un cargo en provisionalidad por una vacancia temporal en ley de garantías 2022. Teniendo en cuenta que ya se agotó la figura de encargo, y no hay un profesional del perfil que se requiere y cumpla con las características que haga parte de la planta administrativa; y se requiere del profesional por la necesidad del servicio en este caso el profesional en trabajo social para comisaría de familia, ya que él que hace parte de esta oficina solicitó una vacancia temporal”*

Frente a la información solicitada, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Constitución Política de Colombia en su artículo [125](#), determina que los empleos de las entidades u organismos públicos son de carrera:

*“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”.*

En cuanto a las vacancias que se pueden presentar en los empleos públicos, el Decreto [1083](#) de 2015<sup>1</sup>, establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:*

*Vacaciones.*

*Licencia.*

*(...)” (Subrayado nuestro)*

La situación administrativa de licencia permite que el empleado se separe de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad. De acuerdo con la legislación laboral vigente, aplicable a los empleados públicos, las licencias pueden ser remuneradas o no remuneradas.

Por otro lado, según lo establecido en la Ley [1960](#) de 2019<sup>2</sup>, en su artículo [25](#), la provisión de las vacantes temporales puede realizarse bajo la figura de encargo, si es de un cargo de libre nombramiento y remoción debe proveerse por medio de empleados de libre nombramiento y remoción o carrera, si por el contrario es un cargo de carrera administrativa, debe proveerse con empleados de carrera y de no ser posible, se puede proveer mediante nombramiento provisional.

Por su parte la Corte Constitucional a través de la sentencia [C-428](#) de 1997 sobre la temporalidad del encargo, preceptuó:

*“ENCARGO TEMPORAL-Concepto*

*El encargo temporal es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos”.*

De acuerdo con la normatividad citada, las vacantes temporales de los empleos de carrera pueden ser provistas, por el tiempo que dure dicha situación administrativa, mediante la figura de encargo con empleados de carrera que cumplan con todos los requisitos, en el evento en que no exista personal de carrera en la entidad que pueda ser encargado, resulta procedente el nombramiento provisional, o se puede recurrir a otra figura para proveer la vacante, como es la de los supernumerarios.

Así las cosas, en las vacantes temporales que no pueden ser provistas mediante encargo, se puede efectuar nombramientos provisionales o acudir a la figura del supernumerario como medida alternativa para cubrirlos en los términos y condiciones establecidos en el artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978<sup>3</sup>, teniendo en cuenta que para la vinculación de supernumerarios se debe determinar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.

Ahora bien, esta Dirección Jurídica le manifiesta que en Ley<sup>4</sup> de garantías no es procedente la vinculación o desvinculación de empleados, sin embargo, si es procedente la provisión de vacantes mediante la figura de encargo.

En concordancia con lo enunciado en el párrafo anterior, manifestamos que la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales tiene como finalidad promover el ejercicio transparente de la democracia representativa garantizando el cumplimiento de condiciones igualitarias para el electorado, por ello en su artículo 1 define el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley, así mismo reglamenta la participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición.

La Ley ibídem establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, señalando lo 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 nuestro).*

Estas restricciones aplican a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden. Municipal, Departamental o Distrital.

De igual forma, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 38 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:

*“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". (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación No. 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

*"Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.*

*Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.*

*Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes." (Subrayado fuera de texto)*

Conforme con las restricciones y prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, 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, del mismo modo queda prohibida la contratación directa exceptuando las determinadas por la Ley.

De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia enunciada, esta Dirección Jurídica concluye que en vigencia de ley de garantías se prohíbe a las Entidades Estatales realizar nombramientos en empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. Sin embargo, estas entidades y organismos públicos pueden realizar la provisión de las vacantes temporales mediante la figura del encargo en los términos de la Ley 909 de 2004, 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 encargo.

De otro modo se advierte que, en vigencia de la ley de garantías, el nombramiento provisional no es procedente, a menos que esté condicionado a que los cargos a proveer mediante esta modalidad resulten indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública, de ser así la Entidad nominadora tiene el deber de justificar y documentar el nombramiento en debida forma al tratarse de una vinculación en ley de garantías electorales.

Finalmente, 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: Lizeth Rumbo.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup> Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia ☎ Teléfono: 7395656 ☎ Fax: 7395657

<sup>2</sup> Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones

<sup>3</sup> Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones

<sup>4</sup> Ley 996 de 2005, 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.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:07:12*