



# Concepto 188841 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000188841\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000188841

Fecha: 15/05/2023 12:13:12 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Vinculación Empleados Públicos. Ley de Garantías Electorales. RADICACIÓN. 20239000268882 de fecha 08 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es viable realizar nombramientos en el equipo de la Comisaría de Familia durante la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, me permito manifestar lo siguiente:

La Ley 996<sup>1</sup> del 24 de noviembre de 2005, denominada también ley de garantías, establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, así:

*“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.*

(...)

*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.” (Destacado nuestro)*

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, es importante remitirse a lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que mediante concepto No.1839 de julio 26 de 2007, respecto de la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, reitera:

*“En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.”*

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de 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 4 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.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado – Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, en concepto de doce (12) de diciembre de dos mil trece (2013), dispuso en relación con la modificación de las nóminas estatales en vigencia de la Ley de Garantías:

*“El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 966 de 2005 está delimitado por la expresión “Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”.*

*Resulta importe precisar que, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, 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 concreto, explicó la Corte que no está prohibida la provisión de cargos en los casos 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.”* (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo:

*“De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.*

*Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.*

(...)

*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.”* (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 vacancia definitiva 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.

Así las cosas, en el evento que los actos de nombramiento hayan sido expedidos con anterioridad a la fecha de inicio de la ley de garantías señalada en la Ley 996 de 2005, como término a partir del cual comienza a regir la prohibición de modificar la nómina estatal a que hace referencia el artículo 38 de dicha disposición legal, quedando pendiente su posesión, debemos reiterar la posición que sobre el particular ha sostenido esta Dirección Jurídica, en el sentido de considerar viable que el funcionario nombrado tome posesión de su cargo con posterioridad al inicio de la mencionada prohibición, dentro de los términos establecidos para llevar a cabo la misma, teniendo en cuenta que el acto de posesión es una formalidad de naturaleza constitucional, que tiene por objeto comprometer el ejercicio de la función pública por parte de los empleados públicos a los mandatos de la Constitución y la Ley y al cumplimiento fiel de sus funciones.

Sobre la naturaleza jurídica del acto de posesión, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, mediante sentencia del 3 de marzo de 2011, señaló que no es un acto administrativo, sino que es un simple acto formal, en los siguientes términos:

*“Sobre la naturaleza jurídica del acto de posesión esta Corporación ha sostenido que: “...no es un acto administrativo strictu sensu, sino un documento escrito en el que se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión de un cargo público. La posesión no es por lo mismo un elemento fundamental para probar el ejercicio de un cargo, por cuanto es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone, de acuerdo con la ley, y que se han llenado determinadas exigencias*

*legales que autorizan el ejercicio del mismo.”*

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, es procedente efectuar los actos de posesión en un cargo público, siempre que los respectivos actos de nombramiento se hubiesen expedido con anterioridad a la fecha de iniciación de la prohibición contenida en la Ley de Garantías Electorales.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 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 08:19:32