

**Función Pública**

Concepto 062091 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000062091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000062091

Fecha: 04/02/2022 02:10:20 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEOS. Posesión. ¿Es posible que una persona que ha sido nombrada en el Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, antes de la entrada en vigencia de la Ley 996 de 2005, pueda posesionarse en el empleo con vacancia estando vigente la ley de garantías?
RADICACION: 20222060063622 del 2 de febrero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta si en el evento de haber emitido actos administrativos de nombramiento en la planta de empleos públicos del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, antes de la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, es decir, en lo que atañe a la presente vigencia, antes del 29 de enero de 2022, puede surtir la toma de posesión con posterioridad al inicio de la mencionada restricción y durante los términos legales establecidos en el artículo 50 del Decreto de Ley 1792 de 2000.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es oportuno señalar que la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, dispuso en los artículos 32 y 38, señala 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.

ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PÁRAGRAFO.

(...)

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)

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 importante 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).

Sobre el particular, 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 y se hayan comunicado antes del inicio de la restricción contenida en la mencionada disposición, quedando pendiente únicamente la posesión, debemos reiterar la posición que sobre el particular ha sostenido esta Dirección Jurídica, en el sentido de considerar viable que el funcionario nombrado y que se le ha comunicado el acto administrativo de carácter particular, tome posesión del empleo 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, y dando respuesta su inquietud, en criterio de esta Dirección Jurídica, es procedente efectuar los actos de posesión en un cargo público del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, en las condiciones indicadas en el artículo 50 del Decreto de Ley 1792 de 2000 incluso si fueron prorrogados, siempre que los respectivos actos de nombramiento se hubiesen expedido y comunicado con anterioridad a la fecha de iniciación de la prohibición contenida en la Ley de Garantías 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 [/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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Aprobó: Armando López C

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.
2. Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:29:00