



Función Pública

Concepto 124761 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000124761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000124761

Fecha: 05/09/2014 04:54:04 p.m.

Bogotá D. C.,

REF.: VARIOS. Expediente No. IUC-D-75-2014-695402. Declaratoria de insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005. Rad. 2014206013844-2 del 1 de septiembre de 2014

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si puede la administración de cualquier orden (Nacional, Departamental, Municipal, entidades descentralizadas, hospitales), declarar la insubsistencia de un nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, me permito indicar lo siguiente:

1.- La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, señaló:

“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”. (Negrilla 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.” (Negrilla fuera de texto)

El inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia [C-1153](#) de 2005, sostuvo:

“c. Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal

El artículo 32 indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

(...)

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.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicos tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.

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 precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º

(...).

“...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 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 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.

Señala la Corte que 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.

2.- A su vez, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Alvaro Namén Vargas, conceptuó:

"...el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, *que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada*". La expresión "*por faltas definitivas*" que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, "*proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo*", caso en el cual "*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*".

En el caso concreto, las palabras "*falta definitiva*" no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador (6). De conformidad con su entendimiento natural y obvio (7), la "*falta definitiva*" es sinónimo de vacancia del cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de su ausencia definitiva por expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011.

La interpretación sistemática del inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 (8) impone que esa expresión sea analizada, además, en función de otras normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentran los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, que ordenan a los gobernadores y alcaldes designar a los funcionarios responsables del control interno para continuar la lucha contra la corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, indispensables en orden a obtener el cabal funcionamiento de la administración.

Bajo este entendimiento, la expiración del periodo fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva (9) y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de suerte que habilita la designación de su reemplazo por parte del nominador territorial aún encontrándose en curso la

campana electoral de un cargo de elección popular. No se trata en este caso de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Así, la expresión “*falta definitiva*” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

En conclusión, la expresión “*por faltas definitivas*” incluye el supuesto de hecho descrito en la consulta, lo que significa que los alcaldes y gobernadores pueden hacer la designación de los funcionarios responsables de control interno de las entidades del orden territorial, una vez expirado el término de duración del periodo correspondiente, incluso dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

(...)”

De acuerdo con la interpretación del Consejo de Estado plasmada en el concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, la expresión “*falta definitiva*” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario, sino que abarca otras causas legales de retiro del servicio, como es el caso de la expiración del periodo, teniendo en cuenta que el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

Es decir, la falta definitiva puede originarse por causales diferentes a la muerte o renuncia, y la provisión del cargo es posible en la medida en que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Según esta Corporación, en estos casos no se trata de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Como puede observarse, la interpretación del Consejo de Estado es concordante con la posición de la Corte Constitucional, que expresó en la sentencia C-1153 de 2005, 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 que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

En cada caso concreto deberá revisarse si es posible encargar o asignar las funciones del empleo a otro servidor de la entidad, para suplir la necesidad del servicio.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado y acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado, esta Dirección considera que le corresponderá a la Administración analizar en cada caso en concreto si se cumplen las condiciones de que posibiliten la provisión del cargo, esto es, que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión, dentro del término de la prohibición consagrada en la Ley de Garantías Electorales.

Es decir, la administración deberá justificar la imprescindible necesidad de proveer el empleo, dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, en caso de que las funciones del mismo no puedan encargarse o asignarse a otro empleado de la entidad.

3.- Frente a la posibilidad de declarar la insubsistencia de un nombramiento en vigencia de la ley de garantías, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia con Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01 (0481-10) del 11 de noviembre de 2010, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, señaló:

"Habiéndose aclarado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección del Presidente de la República, del Vicepresidente y de los Congresistas, restricción que como es natural, al ser desconocida en el acto aquí demandado conduce a la invalidación de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto No. 2304 de 1989 artículo 14.

La desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio¹, lo que en este caso tampoco quedó demostrado, ni siquiera insinuado en la actividad probatoria.

En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral², este precedente se ratifica ahora³, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.

Esta restricción para depurar el ejercicio democrático en épocas preelectorales, ha sido tan celosamente resguardada, que ni siquiera es posible llenar las vacantes en cargos recientemente creados. Así se expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil, al ser inquirida sobre el alcance de la limitación:

*"En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse "vacancias definitivas" que puedan ser provistas."*⁴

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.

Entonces, acertó el Tribunal al acoger las pretensiones de la demanda, pues no podía el nominador, así se tratase de un cargo de libre nombramiento y remoción, superar las limitaciones impuestas en la ley de garantías electorales para modificar la nómina de los servidores públicos comprendidos en la limitación."

Con base en lo anterior, se considera lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, 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 a Congreso de la República, programadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales en primera o segunda vuelta, si es del caso, no podrán modificar la nómina del respectivo en el territorial o entidad.

Lo anterior, salvo que se trate de “faltas definitivas” que no se limitan a la muerte o renuncia del funcionario, sino que abarca otras causas legales de retiro del servicio, como es el caso de la expiración del periodo, teniendo en cuenta que el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

Es decir, la falta definitiva puede originarse por causales diferentes a la muerte o renuncia, y la provisión del cargo es posible en la medida en que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Según el Consejo de Estado, en estos casos no se trata de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Los nominadores de las entidades del orden territorial deben dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 996 de 2005, en el sentido de que no pueden modificar la nómina en la respectiva entidad, al declarar la insubsistencia de un nombramiento dentro de los cuatro (4) meses que preceden a las elecciones a cargos de elección popular y hasta la celebración de las elecciones presidenciales en primera o segunda vuelta, según el caso, por ser un acto de naturaleza discrecional, que estará inmerso dentro de las prohibiciones anteriormente referidas.

Lo anterior, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

NOTAS DE PIE PÁGINA

¹ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

³ En el mismo sentido puede citarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00419-01(0419)

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto de 18 de febrero de 2010,

Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985) A, Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública, Referencia: Función Pública. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos.

Mónica Herrera/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 18:18:51