



Función Pública

# Concepto 11511 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20146000011511\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000011511

Fecha: 24/01/2014 02:32:42 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: VARIOS. ¿Se puede efectuar la posesión de un empleado temporal o de libre nombramiento y remoción cuyo nombramiento se otorgó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Electorales?, ¿Es viable proveer empleos temporales con lista de elegibles, en Ley de Garantías Electorales?, Rad. 20142060012422 del 23 de enero de 2014.

Acusamos recibo de su consulta radicada en este Departamento con el número de la referencia, relacionada con la aplicación de las prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005, específicamente en lo que respecta a la modificación de la nómina estatal.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

1. *¿Es procedente posesionar a una persona en un empleo de libre nombramiento y remoción o en uno de carácter temporal, cuando el acto de nombramiento se expidió con anterioridad a la entrada en vigencia de las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005?*

Sobre el particular, 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, 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.*

*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.”* (Subrayado 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.”* (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 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 (*ordinario, empleos temporales en uso de lista de elegibles y empleos temporales por proceso de evaluación de capacidades y competencias de los candidatos sin utilización de lista de elegibles*) hayan sido expedidos con anterioridad a la fecha 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 los artículos 32 y 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 y dando respuesta a las preguntas 1, 3 y 4 de su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, es procedente efectuar los actos de posesión en un cargo de libre nombramiento y remoción, así como en uno de carácter temporal (*en uso de lista de elegibles o por proceso de evaluación de capacidades y competencias de los candidatos sin hacer uso de lista de elegibles*), sobre quienes 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, que para el presente caso comienza a regir a partir del 25 de enero de 2014.

## 2. ¿Es procedente proveer empleos de la planta temporal con lista de elegibles, en vigencia de la Ley de Garantías?

Con el fin de dar respuesta al presente interrogante y adicional a lo ya mencionado sobre la Sentencia C - 153/05 del 11 de noviembre de 2005, la cual constituyó el resultado del estudio de constitucionalidad de la Ley 996 de 2005 y objeto de estudio en esta consulta, es preciso considerar lo dispuesto por la Corte Constitucional frente a la prohibición contenida en el inciso cuarto del parágrafo del artículo 38:

*“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 parágrafo, 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.”*

(Subrayado fuera de texto)

Como se puede evidenciar del pronunciamiento de la Corte Constitucional, si bien la Ley de Garantías Electorales busca garantizar la transparencia e igualdad entre quienes aspiren a un cargo de elección popular, para el caso en estudio, el de Presidente de la República y de Vicepresidente, no es propio admitir que dicha norma termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo; bajo esta premisa, la ley estableció ciertas excepciones relacionadas con la prohibición general de modificar la nómina de las

entidades del Estado, las cuales fueron declaradas exequibles por parte de la Corte Constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que la administración podrá proveer las vacancias definitivas causadas por muerte o renuncia o las que se presenten con ocasión de licencias; adicionalmente, incluyó dentro de las excepciones, los nombramientos que se lleven a cabo como consecuencia de la aplicación de las normas de carrera administrativa.

Sobre las excepciones a la prohibición de modificar la nómina estatal en vigencia de la Ley de Garantías Electorales, es claro que las relacionadas con vacancias por muerte, renuncia o licencia, no son de aplicación al caso que nos ocupa resolver; así las cosas, analizaremos la que permite proveer cargos en aplicación de las normas de carrera administrativa.

En este sentido, la Corte Constitucional con fundamento en las disposiciones contenidas en la Carta Política y en relación con la aplicación de las normas de carrera administrativa señaló que *“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”*.

En consecuencia y teniendo en cuenta que la conformación de las listas de elegibles es producto de un riguroso proceso público de méritos, en el que, de conformidad con lo consagrado en el artículo 28 de la Ley 909 de 2004, se garantizan principios tales como el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, entre otros, es procedente concluir que el uso de la lista de elegibles estaría plenamente cobijado por la excepción contenida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplicable a las entidades del orden nacional.

Por lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera viable frente al caso expuesto en su consulta, que la lista de elegibles producto de un concurso público de méritos, sea utilizada para efectos de proveer empleos vacantes en la planta de empleos temporales de la DIAN; teniendo en cuenta que de conformidad con lo señalado en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 *“El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas....”*.

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

Cordialmente,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE  
Asesor de la Dirección Jurídica

Rodrigo Bernal Parra – JFC / GCJ

600.4.8.

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:02:01