



Función Pública

## Concepto 069891 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000069891\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000069891

Fecha: 09/02/2022 04:56:16 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Comisión Diplomática durante la vigencia Ley de Garantías. RADICACIÓN. 20222060073872 de fecha 09 de febrero de 2022.

Reciba un cordial saludo, en atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual da alcance a la petición con radicado N°20222060068562 de 2022 por medio de la cual consulta sobre la viabilidad para otorgar comisión diplomática a unos señores Generales como Agregados de Defensa en Embajadas de Colombia ante Gobiernos extranjeros durante la vigencia de la Ley de Garantías, justificando que las funciones que desempeñan los Agregados son funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, me permito manifestarle lo siguiente adicional a lo dicho en la respuesta con radicado N° 20226000065421 del 07 de febrero de 2022:

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación Interna No. [2191 \(11001-03-06-000-2013-00534-00\)](#) de fecha 3 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, afirmó:

*“(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal.*

*El Presidente de la República deberá suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal que maneje, durante los seis (6) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, salvo en los siguientes casos: (i) defensa y seguridad del Estado; (ii) crédito público; (iii) para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y (v) las vinculaciones de las entidades sanitarias y hospitalarias.*

*Teniendo en cuenta este listado de excepciones se encuentra entonces que durante las campañas presidenciales serían 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 eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del Artículo 33, los que podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.”(Subrayado por fuera del texto original).*

La Circular Conjunta 100-006 de 2021 “ Aplicación de la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005.”, El Departamento Administrativo de la

Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, manifiestan:

“¿Qué implica la suspensión de vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal?”

*En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas<sup>2</sup>, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo<sup>3</sup> indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, como los nombramientos que deban hacerse en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>4</sup>. Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta.*

*Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.*

*El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer<sup>5</sup>.*

*¿Es procedente efectuar nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales?*

*De acuerdo 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.*

*A nivel territorial esta prohibición inicia 4 meses antes de las elecciones para el Congreso de la República.*

*Con todo, para proceder a dicha provisión es condición indispensable satisfacer los requisitos señalados en el Concepto 2207 del 1o de abril de 2014 del Consejo de Estado<sup>8</sup>. Así, la Sala indicó:*

*"El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.*

*El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) "cabal funcionamiento de la administración pública".*

(...)

*Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.*

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

(...)

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el Artículo 209 de la Constitución Política, el Artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectarían seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad"<sup>9</sup>. (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En este orden de ideas, de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, resulta viable la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción en vigencia de las restricciones de la Ley de garantías electorales, siempre que logre demostrarse que dicha provisión resulta indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración; es decir, debe probarse la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidades del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente

Así las cosas y dando respuesta puntual a su interrogante, resultaría viable otorgar la comisión diplomática para desempeñar el cargo diplomático (agregado militar) a un General que cumpla con los requisitos para su ejercicio, siempre que se pruebe la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidades del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectarían seriamente el servicio público, razones que deben ir expuestas en el acto administrativo correspondiente. Sin embargo, dicho análisis y decisión es propio de la entidad u organismo público.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en 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: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:25:58