



Concepto 080371 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000080371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000080371

Fecha: 17/02/2022 11:46:57 a.m.

Bogotá

Ref.: APLICACIÓN DE LEY GARANTÍAS EN LA CANCELLERÍA DE LA REPÚBLICA. ¿Resulta viable la provisión de un empleo cuya renuncia se presentó antes de entrar en vigencia la Ley de garantías? Radicado 20222060086792 del 16 de febrero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual solicita alcance a la consulta elevada por ese Ministerio, en la cual indaga sobre la viabilidad de realizar la provisión de un empleo de Libre Nombramiento y Remoción (Embajador) durante la vigencia de la Ley de Garantías, la cual fue atendida con el radicado 20226000065411, en el marco de las conclusiones con las que se emite el referido pronunciamiento, solicita se aclaren los siguientes interrogantes: 1. ¿La vacancia del cargo por renuncia debe tener una relación de inmediatez o cercanía temporal a la fecha en que rigen las restricciones y prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005? y 2. la implementación de mecanismos temporales para mantener el cabal funcionamiento de la administración, como lo son los encargos de Negocios en interinidad (a.i.), ¿constituyen una imposibilidad en aplicar las excepciones legales a las restricciones y prohibiciones que contempla la Ley 996 de 2005?, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar reiterar frente a la prohibición de modificar la nómina estatal en vigencia de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, que la norma consagra:

“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:

(...)

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 por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en el orden nacional, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial.

Por lo tanto, durante dicho término:

- No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.
- No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

“... 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.

(...)

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.”

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional, 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 definitiva por renuncia irrevocable del cargo debidamente aceptada, muerte o licencia, 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, caso en el cual procede el nombramiento en periodo de prueba o a través de encargo.

Ahora bien, respecto de los alcances de las prohibiciones de la Ley de garantías, tenemos que mediante la Circular conjunta 100-006 de 2021 se señaló:

“(...)

En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo 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. 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".

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, queda claro que resulta viable la provisión de los empleos que se encuentren en vacancia por renuncia del titular y que resulten indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública, sin que la norma señale algún requisito de "tiempo o inmediatez" que deba haber transcurrido entre la renuncia debidamente aceptada y la provisión del empleo en vigencia de la Ley de garantías.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que el empleo, de embajador, puntualmente consultado se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción del señor Presidente de la República, de acuerdo con lo señalado en la Constitución Política, así:

ARTÍCULO 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(...)

Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

(...)

Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes.

(...)

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Respecto al concepto "de libre nombramiento y remoción" en los empleos públicos, tenemos que se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza, puede ser nombrada y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

Razón por la cual, resulta discrecional del nominador, en este caso, el señor Presidente de la República, proceder a la vinculación con base en las necesidades de la administración.

Así lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2001, en la cual estudio la constitucionalidad del Decreto 274 de 2000, señalando:

"(...) La respuesta al problema jurídico planteado se inicia con la identificación de los contornos de la regla general y las posibilidades de uso de la excepción constituida por los nombramientos de libre nombramiento en una carrera especial como la diplomática y consular y con la alterna valoración de la facultad del Presidente de la República de dirigir las relaciones internacionales y nombrar a los agentes diplomáticos y consulares.

En ese orden, por una parte, debe entenderse que la ratio juris de una carrera no es otra que racionalizar el ejercicio de la administración por medio de una normatividad que regule el mérito para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servicio pues ella busca objetivar el manejo del personal del Estado y sustraerlo del uso de factores subjetivos y aleatorios.

Pero, por otra parte, en la particularidad de nuestro sistema jurídico, si bien los embajadores representan al Estado y al Presidente de la República como Jefe de Estado, no puede desconocerse que el criterio de esa representación no se deriva necesariamente de que dichos funcionarios pertenezcan al sistema de carrera sino también de la legitimidad democrática que para estos efectos el propio Presidente transmite a sus agentes diplomáticos y consulares

El artículo 189.2 de la Constitución le confía como misión especialísima al Presidente de la República la de dirigir las relaciones internacionales y es precisamente para ello que se le reviste de la facultad de nombrar a los agentes diplomáticos y consulares. Ello tiene sentido en la medida en que cuando el Presidente de la República actúa como Jefe de Estado y dirige las relaciones internacionales, está en juego la política de esas

relaciones exteriores bajo los principios que precisa el artículo 9 de la Constitución. Eso explica la autonomía de que debe disponer el Jefe del Estado en este aspecto, autonomía que en todo caso está sometida a controles estrictos, no técnicos sino políticos, como el que ejerce el Congreso de la República.

Así, las condiciones de dirección y confianza que caracterizan a los cargos de Embajador y Cónsul General Central resultan incuestionables pues se trata de servidores que se desempeñan como agentes directos del Jefe de Estado en el servicio exterior. Ante ello, tiene sentido que el Gobierno Nacional cuente con una fundada discrecionalidad para su designación y que ella se explique como una excepción racional al régimen de carrera. En tal sentido la Corte se pronunció en la Sentencia C-129 de 1994 al estudiar la constitucionalidad de libre nombramiento y remoción de los Jefes de Misión Diplomática:

Los Jefes de Misiones Diplomáticas tienen el carácter de agentes directos del Presidente de la República en una función en la que éste actúa como Jefe de Estado, cual es la de dirigir las relaciones internacionales (a. 89-2 C.P.); por ello los agentes del Presidente en tan delicada función, deben ser de su absoluta confianza; es así cómo, por la condición misma de agentes del Presidente, deben, en consecuencia, ser de su libre nombramiento y remoción.

La razón de lo anterior es obvia: los agentes directos del Presidente de la República -sobre todo los que le colaboran en sus funciones como Jefe de Estado- son funcionarios políticos, en el sentido de representar la vocería del Jefe de Estado, bajo la inmediata dirección del gobierno nacional -en este caso del presidente de la República y de su ministro de Relaciones Exteriores-, en asuntos de particular trascendencia política, es decir, de decisión estatal que conlleva una determinación general y doctrinaria como manifestación directa o indirecta de la soberanía del Estado con relación a otros Estados.

(...)

En ese sentido, el párrafo del artículo 6 no invierte la regla general de la carrera, pues corresponde al principio de razón suficiente el mantener la discrecionalidad del Jefe del Estado en la dirección de las relaciones exteriores y el reconocer la relación de plena confianza y dirección que desempeñan los Embajadores en representación directa del Jefe del Estado en el servicio exterior.

En el mismo sentido, la Sentencia C-1050 de 2012 a propósito de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1501 de 2011 consideró:

"5.2. La Constitución establece que Corresponde al Presidente de la República, (i) como Jefe de Estado, (ii) como Jefe de Gobierno y (iii) como Suprema Autoridad Administrativa, ocuparse de las relaciones internacionales. Expresamente se radican en cabeza suya las siguientes funciones: (1) dirigir las relaciones internacionales; (2) nombrar a los agentes diplomáticos y consulares; (3) recibir a los agentes diplomáticos y consulares de otros Estados, y (4) celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

(...)

5.2.6. La decisión que ahora adopta la Sala reitera la defensa de la plena autonomía que la jurisprudencia constitucional ha reconocido al Presidente de la República en el ejercicio de sus competencias internacionales, reconocidas constitucionalmente. Así lo hizo en el pasado, por ejemplo, frente a la posibilidad de que el Congreso sometiera al Presidente a tener que contar con su autorización para poder viajar fuera del país (C-151 de 1993). En este caso se decidió que el precepto demandado vulneró el principio de independencia de las ramas del poder público entre otras razones, porque "[...] el legislador entra a interferir en un campo donde el Presidente goza de plena autonomía, como es el campo de las relaciones internacionales."

(Subrayado por fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo señalado, se encuentra totalmente justificada la facultad del Presidente de la República de dirigir las relaciones internacionales y nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, discrecionalidad que a su vez tiene sentido en la medida en que cuando el Presidente de la República actúa como Jefe de Estado y dirige las relaciones internacionales, está en juego la política de esas relaciones exteriores bajo los principios que precisa el artículo 9 de la Constitución.

De acuerdo con lo señalado, nos permitimos transcribir sus interrogantes para dar respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿La vacancia del cargo por renuncia debe tener una relación de inmediatez o cercanía temporal a la fecha en que rigen las restricciones y prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005?

De acuerdo con lo señalado, queda claro que es viable la provisión de los empleos que se encuentren en vacancia por renuncia del titular y que resulten indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública, sin que la norma señale algún requisito de "tiempo o inmediatez" que transcurra desde presentación de la renuncia, su aceptación y la provisión del empleo en vigencia de la Ley de garantías.

¿La implementación de mecanismos temporales para mantener el cabal funcionamiento de la administración, como lo son los encargos de Negocios en interinidad (a.i.), constituyen una imposibilidad en aplicar las excepciones legales a las restricciones y prohibiciones que contempla la Ley 996 de 2005?

Teniendo en cuenta que el empleo puntualmente consultado se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción del señor Presidente de la República, embajador, tenemos que el nominador puede disponer libremente del cargo nombrando a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad de que se trate, de tal manera que si era necesaria su provisión temporal mediante un "encargo de negocios en interinidad", dicha provisión no se constituye en una imposibilidad para aplicar las excepciones legales a las restricciones y prohibiciones que contempla la Ley 996 de 2005, pudiéndose nombrar en propiedad a quien va a ocupar el empleo, en vigencia de la mencionada disposición.

Por último, 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 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

Maia Borja/HHS

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. Del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.
3. Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional

Concepto No. 2182 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

En la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional se afirmó: "...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...".

"...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."

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/c-292_2001.htm

"Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular".

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-1050-12.htm>

"Por medio de la cual se ordena la expedición de pasaporte diplomático a los Congresistas de la República".

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:31:17