



Concepto 106721 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000106721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000106721

Fecha: 10/03/2022 06:01:15 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Provisión de Empleo. Ley de Garantías. RADICACIÓN. 20229000111152 de fecha 07 de marzo de 2022.

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre qué se entiende por “*indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública*”, descrito en la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías), me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo pertinente mencionar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por medio de la sentencia 00074 del 01 de abril de 2014 Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00074-00, Consejero Ponente: Álvaro Namen Vargas, manifestó:

CARGOS “INDISPENSABLES” PARA EL CABAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ¿¿ Criterio

La Sala observa que la expresión “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública” encierra un concepto jurídico que no admite una cuantificación o determinación rigurosa o categórica de antemano o en forma previa. No obstante, este concepto puede y debe precisarse para su aplicación. Su precisión dependerá por una parte de los parámetros que han fijado las normas constitucionales y legales que regulan de una u otra forma el funcionamiento de la administración y los fines confiados a la misma, y por otra será resultado de la valoración ponderada y razonada que en cada caso corresponda efectuar al nominador en función de los intereses públicos que representa.

(...)

2. El criterio de “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de las previsiones que restringen en periodos preelectorales las vinculaciones y modificaciones a la nómina estatal, la condición para que pueda efectuarse la provisión de los cargos vacantes, consiste en que sean “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”.

Teniendo en cuenta la expresión utilizada en la Sentencia C-1153 de 2005, solicita el Ministerio consultante determinar los criterios que deben tener en cuenta los nominadores de la Rama Ejecutiva del poder público al momento de tomar la decisión de proveer los cargos vacantes y cumplir con la condición impuesta.

La Sala observa que la expresión “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública” encierra un concepto jurídico que no admite una cuantificación o determinación rigurosa o categórica de antemano o en forma previa¹⁴. No obstante, este concepto puede y debe precisarse para su aplicación. Su precisión dependerá por una parte de los parámetros que han fijado las normas constitucionales y legales que regulan de una u otra forma el funcionamiento de la administración y los fines confiados a la misma, y por otra será resultado de la valoración ponderada y razonada que en cada caso corresponda efectuar al nominador en función de los intereses públicos que representa.

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 “cabal funcionamiento de la administración pública”.

En efecto, el artículo 209 de la Constitución Política prescribe que la función administrativa está al servicio de los intereses generales e indica los principios que la vinculan en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”

El artículo 3 de la Ley 489 de 1998 reiteró la disposición constitucional y además señaló que estos principios servirán como parámetro al momento de evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes. Indica al respecto:

“ARTÍCULO 3.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen

PARÁGRAFO.- Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular”.

Asimismo el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, señaló que los principios constitucionales y legales constituyen un criterio de interpretación para fijar el alcance material de las competencias de las autoridades públicas y consagró los siguientes principios:

“ARTÍCULO 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

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.

Conforme a lo expuesto, la Sala RESPONDE:

(...)

3. ¿Bajo qué criterios se determina que la provisión de un empleo resulta indispensable para la buena marcha de la administración?

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 afectaría 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.

Por lo tanto, 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.

Conforme a lo manifestado por el Consejo de Estado y en criterio de esta Dirección Jurídica, para establecer que es indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, las entidades deberán tener en cuenta al momento de proveer un cargo durante la vigencia de la ley de garantías:

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 afectaría 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.

Por lo tanto, 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.

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

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:46:36