



Concepto 113271 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000113271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000113271

Fecha: 16/03/2022 11:33:40 a.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEO. Ley de Garantías. Nombramiento de Agregados Comerciales. RAD. 20222060114052 del 8 de marzo de 2022.

En la comunicación de la referencia, indica que recibió el concepto con Radicado No. 20226000089391 de fecha 1 de marzo de 2022, mediante la cual, respecto de la consulta elevada por esta Fiduciaria a través de la comunicación GJ-099-2022 de fecha 16 de febrero de 2022, se indicó que esta Dirección ya se había pronunciado sobre el tema, mediante el concepto No. 20226000077581 del 15 de febrero de 2022. Agrega que es necesario aclarar que los supuestos de la consulta cuya respuesta fue otorgada mediante el concepto remitido difieren de las circunstancias que fundamentan la consulta elevada por Fiducoldex S.A. en posición de vocera del Fideicomiso ProColombia, como quiera que el mencionado concepto se refiere a la posibilidad de vincular agregados comerciales para suplir vacancias derivadas de renunciaciones, mientras que la consulta elevada mediante comunicación GJ-099-2022 se refiere a la procedencia de efectuar la vinculación de agregados comerciales cuyos cargos fueron creados y aprobados por la Junta Asesora del Fideicomiso ProColombia, de forma anterior a la entrada en vigor de las restricciones que, en materia de nómina, establece la denominada ley de garantías. Se precisa, que la vinculación objeto de esta consulta no sería derivada de renuncia, licencia o muerte, es decir, corresponde a la provisión de un cargo nuevo nunca antes ocupado por ningún funcionario, cuya creación se dio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 995 de 2006.

Sobre lo manifestado, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado, señaló 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”.

“ARTÍCULO 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que

afecten el normal funcionamiento de la administración.” (Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º)

Conforme a los artículos transcritos, está prohibida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder público durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

Por otra parte, el artículo 38 *Ibídem* preceptúa lo 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 fuera de texto)

Como se observa 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.

Es importante aclarar que las prohibiciones de los artículos 32 y 38 anteriormente citados, aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Así fue entendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante sentencia del 17 de febrero de 2006, radicación No. 11001-03-06-000-2006-00019-00(1720) y ponencia del Consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, al considerar lo siguiente:

“En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley—incluido el de Presidente de la República—; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38¹.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del artículo 38 *ibídem*, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 parágrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32”.

Conforme a lo dispuesto en el Parágrafo del Artículo 38 de la citada Ley, establece dos excepciones a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad; una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad de los referidos artículos 32 y 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.

“(…)”

“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.” (Subrayado fuera de texto)

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, está prohibida la provisión de cargos salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables 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. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, 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; es decir, 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.

Es así como, la Ley de Garantías prohíbe modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo, es decir no podrán desvincular o nombrar a empleado alguno.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2207 del 1 de abril de 2014, indica que para proceder a la provisión del empleo es condición indispensable satisfacer los siguientes requisitos:

“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 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". (Subrayado nuestro).

Según el pronunciamiento, la provisión que realice una entidad pública de la Rama Ejecutiva por considerar que es indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, debe analizar e incluir en el acto administrativo respectivo, lo siguiente:

- 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.

De otra parte la Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Directiva Unificada 003 de 2011, en la cual precisó las instrucciones que deben atender los servidores públicos en materia de provisión de empleos, así:

"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."

De acuerdo a lo anterior, las excepciones establecidas en la Ley 996 de 2005, para contratar directamente y vincular personal a la nómina estatal, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios. En consecuencia, es procedente proveer empleos de libre nombramiento y remoción en las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional en casos como los de vacancia definitiva por renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública.

Adicionalmente, la CIRCULAR CONJUNTA 100-006 del 16 de noviembre de 2021, emitida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de La República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005, indica lo siguiente:

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

(...)

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". (Se resalta).

Ahora bien, el Decreto 2505 de 1991, "Por el cual se transforma el Fondo de Promoción de Exportaciones en el Banco de Comercio Exterior y se definen la naturaleza jurídica, la organización y las funciones de éste", sobre los agregados comerciales, determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.4.13.4.5 Agregados comerciales. Los agregados comerciales dependerán de la Embajada de la República de Colombia en el país donde actúen o de aquella que se encuentre ubicada en la capital más próxima a la ciudad en la cual cumplan sus funciones. (...)".

Las embajadas hacen parte de las Misiones Colombianas Acreditadas en el Exterior, quienes dependen del Despacho del Ministro de Relaciones Exteriores. Es decir, hacen parte del sector centralizado de la Rama Ejecutiva del nivel nacional y, por ende, les son aplicables las prohibiciones descritas en la Ley 996 de 2005.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no será viable la vinculación de Agregados Comerciales cuyos cargos fueron creados y aprobados por la Junta Asesora del Fideicomiso ProColombia, antes de la entrada en vigor de las restricciones que, salvo que se tratase de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte, caso en el cual deberá emitirse acto administrativo debidamente motivado como se ha dejado indicado hasta ahora en el presente concepto.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:07:47