



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000093721

Fecha: 28/02/2022 04:46:19 p.m.

Bogotá D.C.

**REF: EMPLEO.** Ley de Garantías - Defensa y seguridad del Estado. **RAD. 20229000049262** del 26 de enero de 2022.

Respetado señor, reciba un cordial saludo.

Acuso recibo del oficio de la referencia, en el cual consulta:

- a) *Es procedente realizar los nombramientos estando en vigencia la ley de garantías, amparados en el artículo 6 del Decreto 079 de 2022.*
- b) *Es procedente realizar nombramientos bajo la modalidad de provisionalidad y en Libre Nombramiento y Remoción en vigencia la ley de garantías dados las excepciones consagradas Circular Conjunta 100-006 de 2021 para el sector defensa y seguridad, al igual, cuando se trate de solventar situaciones administrativas como renuncia, licencia, siempre que sean indispensables para el funcionamiento de la administración.*
- c) *Dado que este Comando, no ha realizado nombramientos de Profesionales de Defensa de Inteligencia y Contrainteligencia, es pertinente indicar que se debe mantener la reserva legal que regula todos los mandatos de Inteligencia y Contrainteligencia, por lo anterior en concordancia con Parágrafo 1 Artículo 2.2.3.9.3. del Decreto 1070 de 2015 Mecanismos de Protección para los Servidores Públicos que desarrollan Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia y su Núcleo Familiar en el cual “ Las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades, no deberán ser revelados, incorporados, ni publicados en páginas y/o portales electrónicos o web u otros medios similares”, por lo anterior se solicita se emita concepto técnico sobre la viabilidad o el procedimiento a realizar para incorporar a los Profesionales de Defensa de*

*Inteligencia y Contrainteligencia en lo relacionado con la evaluación de competencias emitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, publicación de hojas de vida en los portales oficiales del Ministerio de Defensa Nacional ,Comando General Fuerzas Militares, Presidencia de la Republica, y Diario Oficial.*

- d) *Por otra parte, la Dirección de Personal de Comando, consiente de no levantar la reserva legal, solicita la viabilidad o concepto técnico para que el proceso de incorporación de los de Profesionales de Defensa de Inteligencia y Contrainteligencia sea realizado por el Departamento Conjunto de Inteligencia y Contrainteligencia de esta institución castrense, toda vez que, son los únicos que han tenido el conocimiento de la reestructuración, selección de perfiles y cumplimiento de requisitos lo cual garantiza la reserva absoluta de la información.*

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general, la ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, y limitar la vinculación y la contratación pública en las entidades de la Rama Ejecutiva, para el efecto señala las siguientes disposiciones:

**«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 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, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.» (Subraya fuera de texto)

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005<sup>1</sup>, respecto a las prohibiciones consagradas en el artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, señaló:

*«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.» (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Por su parte, el Consejo de Estado en Concepto Número 1.839 de julio 26 de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos respecto al Alcance de la prohibición contenida en el párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, señaló:

**«III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.**

*En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:*

- *La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y*
- *Aplicación de las normas de carrera administrativa.*

*Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos*

<sup>1</sup> Referencia: expediente PE-024. Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, "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". Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías.» (Subrayado por fuera del texto original).

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación No. 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

«Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, 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 estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales 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 solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes.»  
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel nacional de la Rama Ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a las elecciones de Presidente de la República, 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.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153 del 11 de noviembre 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 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.

Del mismo modo se considera que los destinatarios de las restricciones del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 son las entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público, a quienes, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, se restringió la modificación de la nómina de la respectiva entidad; es decir, incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta de personal, salvo, como lo señala la norma, en caso de que se trate de la 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 la norma, se evidencia igualmente que, se encuentra exceptuadas de la restricción, entre otros, lo referente a la defensa y seguridad del Estado.

En este orden de ideas, le corresponde a la entidad determinar si las funciones que cumple inteligencia y contrainteligencia son directamente relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, evento en el cual podrá realizar las vinculaciones y desvinculaciones que considere pertinentes para el buen funcionamiento de la entidad. Dicho análisis es propio de la entidad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES**

Director Jurídico

COPIA: Yenci Marcela Plazas López  
[yencpla@cgfm.mil.co](mailto:yencpla@cgfm.mil.co)

Proyectó: Luz Rojas  
Revisó: Harold Israel Herreño

Aprobó: Armando López Cortes  
11602.8.4