

**Función Pública**

Concepto 087891 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000087891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000087891

Fecha: 25/02/2022 05:14:49 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: LEY DE GARANTIAS ELECTORALES. Retiro del servicio y provisión de un empleo vinculado en un cargo de inteligencia y contrainteligencia durante la aplicación de la ley de garantías electorales. Radicación No. 20222060049922 del 26 de enero de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante en la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con la Ley de Garantías Electorales, para lo cual le informo que serán resueltas en el orden en que fueron presentados así:

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, 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 parágrafo 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 parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del parágrafo 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 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.

Conforme a lo anterior, resolveremos sus inquietudes así:

¿Es procedente realizar los nombramientos estando en vigencia la Ley de Garantías, amparado en el artículo 6 del Decreto 079 de 2022?

Tal como se indicó en párrafos anteriores las restricciones del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 son solamente aplicables a las entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público; 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, solamente en los eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes.

Como se puede advertir, se encuentra exceptuadas de la anterior 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 podría realizar las vinculaciones que considere pertinentes para el buen funcionamiento de la entidad.

¿Es procedente realizar nombramientos bajo la modalidad de provisión y de libre nombramiento y remoción en vigencia de la Ley de Garantías, dados las excepciones de la 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?

Como se indicó en la anterior respuesta, le corresponde a la entidad determinar si los nombramientos en los empleos a proveer, ya sea de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad, son directamente relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, evento en el cual podrá realizar las vinculaciones 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.

En relación sobre la viabilidad o el procedimiento para incorporar a los Profesionales de Defensa de Inteligencia y Contrainteligencia, en lo relacionado con la evaluación de competencias y la publicación de las hojas de vida en los portales oficiales del Ministerio de Defensa Nacional, Comando General Fuerzas Militares, Presidencia de la República y Diario Oficial, se debe tener en cuenta lo señalado en el Decreto 857 de 2014, indica:

“ARTÍCULO 19. Mecanismos de protección para los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia y su núcleo familiar.- Para garantizar la debida protección de los servidores públicos pertenecientes a los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, que con ocasión del cumplimiento de sus funciones y actividades se vean compelidos a riesgo o amenaza, actual e inminente, contra su integridad personal o la de su núcleo familiar, las Direcciones y Jefaturas de Inteligencia de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Dirección Nacional de Inteligencia, la UIAF y de los demás organismos de inteligencia y contrainteligencia que se creen por ley, coordinarán la realización del estudio técnico de nivel de amenaza o riesgo, para la toma de las decisiones a que haya lugar, con la dependencia de contrainteligencia, su equivalente o se apoyarán con otro organismo de la comunidad de inteligencia para tal fin.

(...)

PARÁGRAFO 1: 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.”

De acuerdo con la anterior norma, en caso del desarrollo de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, no es pertinente que las hojas de vida, así como los datos de los servidores públicos y contratistas de la entidad, sean revelados, incorporados ni publicados en páginas web ni en medios similares.

En ese sentido, es viable manifestar que, como quiera que con la expedición del Decreto 857 de 2014 se establece la restricción para que las hojas de vida, así como los datos de los servidores públicos y contratistas de las entidades que cumplan funciones de inteligencia y contrainteligencia sean revelados, incorporados o publicados en páginas web ni en medios similares, se considera que no es viable la publicación de las hojas de vida de los aspirantes a dichos cargos.

Al mismo tiempo y como quiera que la administración de la página web de la Presidencia de la República, donde en virtud del artículo 3 del Decreto 4567 de 2011, derogado por el Decreto 1083 de 2015, se publican las hojas de vida de aspirantes a empleos de libre nombramiento y remoción en las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional es del resorte de ese Departamento Administrativo pronunciarse frente al tema, por consiguiente le sugiero que sus interrogantes frente al tema sean dirigidos directamente a Presidencia de la República.

Frente a la viabilidad de para que el proceso de incorporación de los profesionales de Defensa de Inteligencia y Contrainteligencia sea realizado por el Departamento Conjunto de Inteligencia y Contrainteligencia, esta Dirección Jurídica considera que el Decreto 091 de 2007 en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 1033 de 2006, señala:

“ARTÍCULO 5. PRINCIPIOS RECTORES. Además de los principios consagrados en la Constitución Política y en concordancia con éstos, son principios orientadores del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, los siguientes:

(...)

Mérito. El ingreso a los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, el ascenso y la permanencia en los mismos, estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para su desempeño.

De tal manera que el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, estarán determinadas por el mérito, teniendo en cuenta las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de cada uno de los empleos que componen la planta de personal.

A su vez, los artículos 15 y 16 del citado Decreto 091, consagran:

“ARTÍCULO 15. Del sistema especial de carrera del sector defensa. El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa es un sistema técnico de administración del personal a su servicio, que tiene por objeto alcanzar dentro del marco de seguridad requerido, la eficiencia, la tecnificación, la profesionalización y la excelencia de sus empleados, con el fin de cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.

El ingreso, la permanencia y el ascenso, en los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, se hará considerando el mérito, sin que para ello la filiación política, raza, sexo, religión, o razones de otra índole diferentes a la seguridad, puedan incidir de manera alguna.

El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa regula la capacitación, los estímulos, y la evaluación del desempeño de los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Sector Defensa.

ARTÍCULO 16. Concursos. La provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa se hará por concurso abierto, el cual tendrá por objeto establecer y comprobar la aptitud, idoneidad y condiciones de seguridad de los aspirantes.

El concurso abierto se caracteriza por permitir la admisión libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos para el desempeño del empleo.

De acuerdo con las disposiciones indicadas, el ingreso a los empleos de carrera y el ascenso, se efectuarán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

De igual manera, el Decreto 1792 de 2000, *“Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del*

Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial", respecto a la clasificación de los empleos, señala:

"ARTÍCULO 3. Clasificación de los servidores públicos. Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción.

Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo"

ARTÍCULO 47. Nombramiento ordinario. Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que, de conformidad con el presente Decreto, tienen el carácter de libre nombramiento y remoción o de período fijo

ARTÍCULO 59. Clasificación de los empleos. Todos los cargos previstos en la Planta de Personal del Ministerio de Defensa Nacional para empleados públicos son de carrera, con excepción de los de período fijo y los de libre nombramiento y remoción.

ARTÍCULO 60. Empleos de libre nombramiento y remoción. Son empleos de libre nombramiento y remoción, los siguientes:

Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices. Esto es, los de Ministro de Defensa Nacional, Viceministro, Secretario General, Comisionado Nacional para la Policía Nacional, Jefes de Oficina Jurídica, Planeación y demás oficinas asesoras, Directores y Jefes de Control Interno.

Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implique confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando se encuentren adscritos a sus respectivos despachos: Ministro de Defensa Nacional, Viceministro, Secretario General, Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza, Jefe del Estado Mayor Conjunto, Director y Subdirector General de la Policía Nacional.

También serán de libre nombramiento y remoción los empleos adscritos a las Oficinas de Comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu persona, requeridas en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional.

Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dineros o valores del Estado, esto es, pagadores, almacenistas, tesoreros.

PARÁGRAFO. También se considerarán de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que posteriormente sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta, que correspondan a los criterios señalados en el presente artículo."

(Subrayado fuera del texto)

De conformidad con lo anterior tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los criterios señalados en el artículo 60 del Decreto 1792 de 2000. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Conforme a lo anterior, y para dar respuesta a su consulta esta Dirección Jurídica considera que la entidad dentro de su autonomía y discrecionalidad, podrá nombrar en los empleos de libre nombramiento y remoción al personal que se encuentra nombrado en provisionalidad siempre que cumplan con los requisitos para el ejercicio de los correspondientes empleos, y siempre 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 que sean indispensables para el funcionamiento de la administración, dicho análisis como ya se indicó es propio de la entidad.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó; Harold herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:19:39