

**NOMINA ESTATAL - Rama Ejecutiva del Poder Público. Provisión de empleos vacantes en la planta de personal conforme a la ley de garantías electorales. Prohibición de modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente**

El Ministro de Justicia y del Derecho formula una consulta relacionada con la prohibición de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal durante la campaña presidencial, prevista en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales. El problema jurídico consiste en determinar si dentro de las prohibiciones de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal, previstas por la Ley de Garantías Electorales, se restringe también la provisión de empleos vacantes por circunstancias como la renuncia irrevocable, la licencia o muerte de la persona que los desempeñaba o cualquier otra causa legal que de lugar a la vacancia definitiva. De igual forma, de ser procedente la provisión de los empleos vacantes por las circunstancias antes señaladas, establecer en qué niveles de la administración resulta indispensable para la buena marcha de la administración y bajo qué criterios deben proveerse. Los artículos 32 y el inciso final del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre las restricciones contempladas dentro del artículo 30 de la ley 996 de 2005, ver: Concepto del 3 de diciembre de 2013, Rad. 2191 y 2191 adición, MP. Álvaro Namén Vargas

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 32 / / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 33 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 38

**RESTRICCIONES EN MATERIA DE VINCULACIÓN EN LA NOMINA ESTATAL DURANTE LA CAMPAÑA PRESIDENCIAL - Límites temporales de la restricción. Sujetos destinatarios de la prohibición. Excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecta la nómina estatal. Objeto de la prohibición**

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean *“indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”*. Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa. 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 funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración. Entiende la Sala que la administración pública es una sola y se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano. Obedece en su conjunto a las mismas reglas, principios, finalidades y cometidos. Por tanto, ya sea que la función pública se cumpla en los órdenes nacional o territorial y se trate indistintamente del desempeño de cargos con funciones en los niveles Directivo, Asesor, Profesional, Técnico o Asistencial, en cada uno de ellos se dan cita múltiples competencias en las que se cumplen diferentes propósitos del interés general, sin que pueda válidamente predicarse *a priori* de una u otra función, por más modesta que sea, que no sirve a los propósitos de la buena marcha de la administración. Sin embargo, se reitera que el criterio para proveer

las vacancias en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte no está condicionado a que el cargo vacante pertenezca a determinado nivel jerárquico de la administración, sino a que dichos cargos cumplan con la condición de ser “*indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública*”, aspecto que se profundizará más adelante.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 32 / / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 33 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 38

### **PROVISIÓN DE EMPLEOS VACANTES EN LA NOMINA ESTATAL - Restricciones en materia de modificaciones a la nómina de los entes territoriales en periodos preelectorales**

a) Los artículos 32 y 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, fijaron una serie de restricciones respecto de las vinculaciones o modificaciones que se hagan a la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y territorial en época preelectoral o de campaña electoral, cuyo ámbito material se concreta en la imposibilidad de crear nuevos cargos y proveerlos. b) La finalidad de dichas restricciones es procurar por la transparencia en el actuar administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos. c) En la Ley 996 de 2005, el inciso final del párrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente que la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio. Esa misma excepción se abrió campo frente al artículo 32 de la ley en virtud de la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-1153 de 2005, en la que señaló que es posible proveer los cargos vacantes por renuncia, licencia o muerte cuando estos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública. d) El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 32 / / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 33 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 38

### **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.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 32 / / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 33 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 38

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS**

**Bogotá, D. C., primero (01) de abril de dos mil catorce (2014)**

**Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00**

**Actor: MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**

El Ministro de Justicia y del Derecho formula una consulta relacionada con la prohibición de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal durante la campaña presidencial, prevista en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales.

**I. ANTECEDENTES**

1. El señor Ministro señaló que en anterior oportunidad consultó a la Sala en relación con la participación política de algunos servidores en las controversias políticas en el contexto de la reforma constitucional que permite la reelección presidencial, y con algunas restricciones y prohibiciones que contempla la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales. En dicha consulta se preguntó de forma específica sobre las prohibiciones que rigen para el caso del gabinete ejecutivo.

2. Al respecto reseñó la estructura de la respuesta a la consulta aludida, la cual fue resuelta en el concepto 2191 y 2191 - adición de 3 de diciembre de 2013. Precisó que dentro de las implicaciones de la restricción a la vinculación de la nómina estatal el concepto de la Sala se refirió a elementos tales como: los sujetos destinatarios de la prohibición, su objeto y las excepciones aplicables a dicha restricción.

3. Afirmó que sobre las consideraciones del concepto referido, en relación al objeto de las restricciones para la vinculación a la nómina estatal, se generó duda sobre la posibilidad de proveer empleos que resulten indispensables para la buena marcha de la administración cuando no pertenezcan al nivel Directivo de la Rama Ejecutiva.

4. Indicó también su inquietud respecto al alcance de la Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional, sobre la restricción prevista en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, en el sentido de si la misma está relacionada exclusivamente con creación de nuevos cargos y su provisión, o si la prohibición se extiende a los empleos ya existentes en las plantas de personal que se encuentren vacantes por la renuncia irrevocable, licencia o muerte de la persona que desempeñe el cargo, generada antes o después del inicio de la citada restricción.

5. Para finalizar acota que en la práctica los nominadores se han abstenido de proveer los empleos cuando las vacantes corresponden a cargos de niveles distintos al directivo de las Entidades Públicas de la Rama Ejecutiva, bajo el entendido de que son aquellos los que resultan indispensables para garantizar la buena marcha de la administración. Afirmó que ocurre lo mismo frente a la situación de empleos cuya vacancia se generó con anterioridad a la entrada en vigencia de las restricciones y que no fueron provistos antes de su inicio.

Con base en lo anterior se **PREGUNTA:**

*1. ¿La prohibición de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal se refiere exclusivamente a la creación de nuevos cargos y la provisión de los mismos o, se extiende a la provisión de cualquier empleo vacante en la planta de personal de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público por las causales previstas en la Ley, generada antes o después del inicio de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales?*

*2. ¿La condición que permite hacer vinculaciones que afecten la nómina estatal durante la vigencia de las restricciones previstas en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 para proveer empleos vacantes por renuncia irrevocable, licencia o muerte de la persona que lo desempeña, alude al nivel al cual pertenece el empleo o a que su provisión resulte indispensable para la buena marcha de la administración, sin consideración al nivel al que pertenece el mismo?*

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

## **1. CONSIDERACIONES**

### **A. ACLARACIÓN PRELIMINAR**

El 28 de noviembre de 2013 el Ministerio de Justicia y del Derecho elevó a la Sala una consulta la cual se radicó con el número 2191. Dando alcance a la consulta inicial el Ministro presentó a la Sala un escrito en el que solicitó profundizar algunos aspectos relacionados con las restricciones del artículo 30 de la Ley 996 de 2005 y con asuntos relativos al artículo 6 de esta ley. Dicha consulta y su respectiva adición fueron resueltas el pasado 3 de diciembre de 2013.

La consulta que ahora se formula se presenta como una adición a la citada en precedencia, pero, a pesar de que la ley a interpretar es la misma, esto es, la Ley 996 de 2005, en especial sus artículos 32 y 38 parágrafo, los supuestos de hecho y los problemas jurídicos planteados en las preguntas difieren de la anterior.

Así las cosas, esta consulta se atenderá de forma independiente y sin considerarse como aclaración o adición al concepto 2191 y 2191- adición del 3 de diciembre de 2013, aun cuando la Sala tendrá en cuenta la doctrina expuesta en estos y en otros conceptos que sobre la misma materia le anteceden.

### **B. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico consiste en determinar si dentro de las prohibiciones de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal, previstas por la Ley de Garantías Electorales, se restringe también la provisión de empleos vacantes por circunstancias como la renuncia irrevocable, la licencia o muerte de la persona que los desempeñaba o cualquier otra causa legal que de lugar a la vacancia definitiva.

De igual forma, de ser procedente la provisión de los empleos vacantes por las circunstancias antes señaladas, establecer en qué niveles de la administración

resulta indispensable para la buena marcha de la administración y bajo qué criterios deben proveerse.

### C. ANÁLISIS DE LA SALA

La Ley 996 de 2005 fue concebida como el instrumento jurídico que busca garantizar las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos<sup>1</sup>, en las campañas electorales a la Presidencia de la República y en los demás procesos electorales para cargos de elección popular.

Con este propósito, la ley contempló una serie de disposiciones especiales aplicables en uno y otro evento y estableció algunas prohibiciones y restricciones que se dirigen de manera específica a un determinado grupo de sujetos. Así, las contenidas en el artículo 30<sup>2</sup> se dirigen al Presidente y Vicepresidente de la República en ejercicio cuando alguno aspire como candidato a la elección presidencial; las del artículo 32<sup>3</sup> fueron previstas para toda la rama ejecutiva del poder público; las del artículo 33<sup>4</sup> tienen por destinatarios a todos los entes del Estado; y las del artículo 38 parágrafo<sup>5</sup> rigen para las entidades territoriales.

Para resolver los interrogantes de esta consulta, es necesario analizar los elementos normativos de las restricciones previstas en los artículos 32 y 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005, disposiciones que guardan relación con la prohibición en materia de modificación o vinculación a la nómina estatal en el período de elecciones presidenciales y de cargos de elección popular, respectivamente. Al efecto se retomarán los apartes correspondientes del concepto 2191 y 2191 - adición de esta Sala en los que se analizó este asunto bajo el contexto propuesto en esa oportunidad por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y que, según la consulta, genera dudas respecto de su aplicación.

---

<sup>1</sup> Ley 996 de 2005. "Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición".

<sup>2</sup> *Ibidem* "Artículo 30. Prohibiciones al Presidente durante la campaña presidencial. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, el candidato que ejerce la Presidencia o la Vicepresidencia de la República no podrá:

1. Asistir a actos de inauguración de obras públicas.//2. Entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional.//3. Referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno. //4. Utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno.//5. Utilizar bienes del Estado, diferentes a aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de su campaña presidencial."

<sup>3</sup> *Ibidem* "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".

<sup>4</sup> *Ibidem* "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// (...)"

<sup>5</sup> *Ibidem* "Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...) Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista //Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.//No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.//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 igual forma deberá la Sala examinar las consideraciones que la Corte Constitucional hizo sobre los artículos 32 y 38 parágrafo al ejercer el control previo y automático de constitucionalidad sobre el entonces Proyecto de Ley Estatutaria número 216 Senado y 235 de la Cámara que devino en la Ley 996 de 2005, comúnmente conocida como Ley de Garantías Electorales<sup>6</sup>, con el fin de concluir si restringe la provisión de empleos vacantes por circunstancias como la renuncia irrevocable, la licencia o muerte de la persona que los desempeñaba o cualquier otra causa legal que de lugar a la vacancia definitiva, o si se refiere exclusivamente a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a la provisión de los mismos y los límites temporales a los que está sometida dicha provisión.

Los análisis de la sentencia de constitucionalidad de la Corte y las consideraciones de esta Sala en el concepto 2191 y 2191- adición también servirán para determinar si, de ser procedente la provisión de los empleos vacantes, existen solo ciertos niveles de la administración en la que dicha provisión resulta indispensable para la buena marcha de la administración y los criterios que para el efecto deberán tenerse en cuenta.

### **1. La provisión de empleos vacantes en la planta de personal de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público conforme a la Ley de Garantías Electorales**

La Ley 996 de 2005 en el artículo 32 impone restricciones a la vinculación a las plantas de personal de la Rama Ejecutiva durante los comicios presidenciales, y en el parágrafo del artículo 38 prohíbe modificar las nóminas de las entidades territoriales, limitación que debe observarse en todos los procesos de elección popular.

#### **a. Restricciones en materia de vinculación a la nómina estatal durante la campaña presidencial. Artículo 32 de la Ley 996 de 2005**

La Ley Estatutaria 996 de 2005 estableció en el artículo 32 la siguiente restricción:

*“Artículo 32. 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”.*

La Corte Constitucional, al ejercer el control previo y automático de constitucionalidad del entonces Proyecto de Ley de Garantías Electorales sobre la restricción a la vinculación que afecte la nómina estatal señaló:

*“De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.*

*Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en **detrimiento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo**, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.*

---

<sup>6</sup> Corte constitucional. Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005. Expediente PE-024.

*En efecto, las excepciones de limitación [que] protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. (...)*

*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**”.*  
*(Negrillas de la Sala).*

De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos:

- 1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales.
- 2) Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.
- 3) Estableció una connotación especial a la expresión *“afecte”* la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos.
- 4) Salvaguardó de la restricción las situaciones tales como la renuncia, licencia o muerte y ligó la provisión de los cargos en estas circunstancias a la condición de ser indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

Por otra parte, en la consulta radicada 2191 y 2191- adición se planteó como problema jurídico específico el siguiente: *“¿Cuál es el alcance del derecho de participación política para el Presidente de la República que en ejercicio aspire a la reelección inmediata y cuáles son las prohibiciones y restricciones para el ejercicio de ese derecho teniendo en cuenta el contexto de la reforma constitucional que permite la reelección y la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales?”*<sup>7</sup> En el concepto que atendió la solicitud, la Sala sobre el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 destacó los siguientes elementos:

*(i) Los límites temporales de la restricción*

El término que estableció el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción sobre la vinculación a la nómina estatal en la rama ejecutiva del poder público fue de cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta. Sin embargo la prohibición a que se refiere esta disposición se hace efectiva, únicamente para el Presidente o el Vicepresidente de la República, desde que manifiestan el interés de presentarse como candidatos, esto es, seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 *ibídem*.<sup>8</sup>

*(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición*

---

<sup>7</sup> Confrontar con el concepto 2191 y 2191 adición de 3 de diciembre de 2013 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

<sup>8</sup> Al respecto ver el concepto 2166 de 24 de julio de 2013 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

El artículo 32 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que se trata de aquellos sujetos que integran o pertenecen a “*la Rama Ejecutiva del poder Público.*” Esta expresión envuelve 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 el artículo no distingue dichas situaciones.

*(iii) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecta la nómina estatal*

El concepto 2191 y 2191- adición, reiteró que las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran establecidas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, al cual remite el artículo 32 *ibídem*, así:

1. Lo referente a la defensa y seguridad del Estado;
2. Los contratos de crédito público;
3. Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;
4. 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,
5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

De este listado de excepciones la Sala concluyó 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 la infraestructura vial, energética y de comunicaciones en los eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo<sup>9</sup>.

*(iv) El objeto de la prohibición*

El objeto de la prohibición y las consideraciones que sobre este se expusieron en el concepto 2191 y 2191-adición, son las que señala la consulta, generan dudas sobre la aplicación de la restricción.

Así, sobre el ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 delimitado por la expresión “*Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal*”, la Sala señaló que, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, 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**. Se precisó en el concepto de la Sala lo siguiente:

*“En concreto, no está prohibida la provisión de cargos en los casos de vacancia por renuncia, licencia o muerte, 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.*

*Es decir, que en el evento en que se presenten cargos vacantes en las plantas de personal de las entidades públicas por renuncia, licencia o muerte de la persona que lo desempeña, para solventar esa situación pueden*

---

<sup>9</sup> Al respecto ver el concepto 2011 de 10 de junio de 2010, del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.



*hacerse los nombramientos correspondientes cuando quiera que resulten indispensables para la buena marcha de la administración”.*

A renglón seguido, teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolló la argumentación del concepto 2191 y 2191-adición, esto es las situaciones que se plantearon frente al Presidente de la República que aspirara a la reelección, cargo que hace parte de la Rama Ejecutiva y del cual obviamente se predica la aplicación del artículo 32 de la Ley 996, y con el fin de facilitar la comprensión del mencionado artículo en relación con las decisiones que el Presidente podría o no adoptar frente a su gabinete ejecutivo, a manera de ejemplo, la Sala citó algunos eventos en los cuales era posible para este proveer los cargos para evitar que se altere la marcha de la administración nacional. Los ejemplos anotados en el referido concepto fueron los siguientes:

*“... [C]omo ocurre en el caso de la renuncia de un ministro, o de un viceministro, o de un secretario general en un ministerio, o un director de departamento administrativo, o un superintendente, o un director de entidad descentralizada, **por citar tan solo unos ejemplos**”(resalta la Sala).*

Ahora bien, los ejemplos antes mencionados no delimitan los sujetos destinatarios de la aplicación de la restricción contemplada en el artículo 32 de la Ley 996, que para el caso se repite son todas las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas (Rama Ejecutiva del Poder Público).

Conforme al artículo 32 de la Ley de Garantías Electorales y a la sentencia de constitucionalidad C-1153 de 2005, todas las autoridades antes indicadas tienen limitada la posibilidad de crear nuevas plantas de personal y proveer esos nuevos cargos. Y en esa misma línea de principio, todas estas pueden en el evento en que se presenten cargos vacantes en sus plantas de personal por renuncia, licencia o muerte de quien los desempeña, eventualmente hacer la provisión de esos cargos, siempre y cuando sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

Tampoco circunscribe el concepto 2191 y 2191 - adición, al nivel directivo de la Rama Ejecutiva de la Administración Pública la provisión de los cargos que sea indispensable proveer. No se puede derivar ese razonamiento de eventos citados a manera de ejemplo, en un contexto particular y distinto como el que en esa oportunidad se analizó.

Entiende la Sala que la administración pública es una sola y se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano<sup>10</sup>. Obedece en su

---

<sup>10</sup> Ley 489 de 1998. “Artículo 39º.- Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas y los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley”.

conjunto a las mismas reglas, principios, finalidades y cometidos<sup>11</sup>. Por tanto, ya sea que la función pública se cumpla en los ordenes nacional o territorial y se trate indistintamente del desempeño de cargos con funciones en los niveles Directivo, Asesor, Profesional, Técnico o Asistencial<sup>12</sup>, en cada uno de ellos se dan cita múltiples competencias en las que se cumplen diferentes propósitos del interés general, sin que pueda válidamente predicarse *a priori* de una u otra función, por más modesta que sea, que no sirve a los propósitos de la buena marcha de la administración.

Sin embargo, se reitera que el criterio para proveer las vacancias en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte no está condicionado a que el cargo vacante pertenezca a determinado nivel jerárquico de la administración, sino a que dichos cargos cumplan con la condición de ser “*indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública*”, aspecto que se profundizará más adelante.

**b. Restricciones en materia de modificaciones a la nómina de los entes territoriales en periodos preelectorales. Artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005**

El inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 preceptúa:

*“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:*

*(...)*

*“Parágrafo.- Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.*

*(...)*

*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.” (Resalta la Sala)*

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 de 2007, sobre este precepto sostuvo:

*“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*

---

<sup>11</sup> *Ibidem* “Artículo 4º.- Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”.

<sup>12</sup> Estos son los niveles jerárquicos de los empleos que según la naturaleza general de las funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, fueron fijados para los organismos y entidades del Orden Nacional en el Decreto 770 de 2005, y para las entidades territoriales en el Decreto 785 de 2005.

*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.*

*Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan (sic) el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos”.*

De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la modificación de nómina de los entes territoriales:

1) Determinó que la finalidad de la restricción es promover la transparencia del actuar administrativo y garantizar que la provisión de cargos 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.

2) Fijó el alcance de la excepción a la norma restrictiva en relación a la necesidad del servicio.

3) Consideró que las salvaguardas de la restricción, esto es, la posibilidad de proveer los cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y las vinculaciones que se presenten en aplicación de las normas de carrera administrativa, guardan el equilibrio entre la moralidad administrativa y la eficacia de la administración.

Del artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, destaca la Sala los siguientes elementos:

*(i) Los límites temporales de la restricción*

El término que estableció el artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción sobre la modificación a la nómina en las entidades territoriales fue de cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Esta disposición consagra de manera genérica una serie de prohibiciones aplicables a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley -incluido el de Presidente de la República-. Por tanto, la norma abarca las elecciones presidenciales y las de carácter territorial.

*(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición*

El artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, con el propósito de garantizar que no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los 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, como medio para favorecer una campaña electoral.

*(iii) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecta la nómina estatal*

En virtud de lo dispuesto en el inciso último 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: (a) la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de 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<sup>13</sup>; y (b) por la aplicación de las normas de carrera administrativa.

*(iv) El objeto de la prohibición*

Finalmente, el ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “*Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal*”.

## **En síntesis**

a) Los artículos 32 y 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, fijaron una serie de restricciones respecto de las vinculaciones o modificaciones que se hagan a la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y territorial en época preelectoral o de campaña electoral, cuyo ámbito material se concreta en la imposibilidad de crear nuevos cargos y proveerlos.

b) La finalidad de dichas restricciones es procurar por la transparencia en el actuar administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos.

c) En la Ley 996 de 2005, el inciso final del párrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente que la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio. Esa misma excepción se abrió campo frente al artículo 32 de la ley en virtud de la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-1153 de 2005, en la que señaló que es posible proveer los cargos vacantes por renuncia, licencia o muerte cuando estos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

---

<sup>13</sup> Ley 909 de 2004. “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

m) Por muerte;

(...)”

d) El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

En este sentido resulta necesario determinar los alcances de la expresión “*indispensables para el cabal funcionamiento de la administración*”, con el fin de establecer los parámetros que permitan identificar los eventos en los cuales se pueden proveer los cargos vacantes de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, análisis que abordará la Sala a continuación.

## **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 previa<sup>14</sup>. 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,*

---

<sup>14</sup> Se trata de acuerdo con la doctrina de un concepto jurídico indeterminado, figura que se traduce en una técnica de control de la discrecionalidad de la administración, según la cual, aparentemente la autoridad puede tener varias alternativas de solución en una actuación a su cargo pero realmente una sola de ellas es la justa y jurídicamente admisible.

*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 3º.- 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 3º. 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:**

*1. ¿La prohibición de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal se refiere exclusivamente a la creación de nuevos cargos y la provisión de los mismos o, se extiende a la provisión de cualquier empleo vacante en la planta de personal de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público por las causales previstas en la Ley, generada antes o después del inicio de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales?*

Los artículos 32 y el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*”. Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

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 funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

*2. ¿La condición que permite hacer vinculaciones que afecten la nómina estatal durante la vigencia de las restricciones previstas en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 para proveer empleos vacantes por renuncia irrevocable, licencia o muerte de la persona que lo desempeña, alude al nivel al cual pertenece el empleo o a que su provisión resulte indispensable para la buena marcha de la administración, sin consideración al nivel al que pertenece el mismo?*

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.

*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.

Remítase al Ministro de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA**  
Presidente de la Sala

**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR**  
Consejero de Estado

**ÁLVARO NAMÉN VARGAS**  
Consejero de Estado

**WILLIAM ZAMBRANO CETINA**  
Consejero de Estado

**LUCÍA MAZUERA ROMERO**  
Secretaria de la Sala