

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C., jueves, 19 de febrero de 2026

20262100026383

Al responder cite este Nro.
20262100026383

PARA: CÉSAR AUGUSTO RAMÍREZ CHAPARRO

DE: AMANDA LUCIA CAMARGO JIMENEZ - Jefe Oficina Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre la viabilidad de declarar la insubsistencia de servidores públicos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías Electorales.

Respetado Dr. Ramírez:

Con un atento saludo, y en atención a la solicitud formulada mediante el Memorando No. 20266000024983 del 12 de febrero de 2026, suscrito por la Secretaría General de la Agencia de Desarrollo Rural, mediante el cual se requiere a esta Oficina Asesora Jurídica emitir concepto jurídico sobre la viabilidad de declarar la insubsistencia de servidores públicos vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías Electorales, así como sobre los eventuales riesgos disciplinarios, fiscales, penales o de nulidad que podrían derivarse de dicha decisión, y las salvaguardas procedimentales que deberían adoptarse, me permito dar respuesta en los siguientes términos.

I. CONSIDERACIONES PLANTEADAS:

Mediante Memorando No. 20266000024983 del 12 de febrero de 2026, la Secretaría General de la Agencia de Desarrollo Rural, solicitó a esta Oficina Asesora Jurídica emitir concepto jurídico respecto de la viabilidad de declarar la insubsistencia de servidores públicos vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías Electorales.

La solicitud se fundamenta en la necesidad de orientar las decisiones del nominador bajo criterios de legalidad, prevención del daño antijurídico y debida diligencia institucional,

teniendo en cuenta que la declaratoria de insubsistencia constituye un acto administrativo que puede generar eventuales efectos disciplinarios, fiscales o contenciosos.

En ese sentido, se plantea una inquietud jurídica relacionada con la aparente tensión normativa entre, de una parte, la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia de los servidores públicos que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, reconocida por el artículo 125 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015; y, de otra, las restricciones establecidas por la Ley 996 de 2005, orientadas a impedir la modificación de la nómina estatal durante el período preelectoral, con el fin de preservar la transparencia, imparcialidad y equidad del proceso democrático.

En particular, se solicita a esta Oficina pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

1. La procedencia jurídica de la declaratoria de insubsistencia de servidores públicos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley 996 de 2005.
2. La necesidad o no de adoptar una motivación reforzada en este tipo de decisiones, pese a su naturaleza discrecional.
3. Los riesgos disciplinarios, fiscales, penales o de nulidad que eventualmente podrían configurarse con ocasión de la declaratoria de insubsistencia en dicho periodo.
4. Las salvaguardas procedimentales que deberían adoptarse para mitigar la exposición a reproches por parte de los órganos de control o requerimientos judiciales.
5. La posibilidad jurídica de proveer la vacante que se genere durante el periodo de vigencia de la Ley de Garantías, así como las alternativas legales disponibles.
6. En caso de estimarse viable una vinculación en empleos de libre nombramiento y remoción durante dicho periodo, las causales, el sustento normativo y los criterios de motivación que deberían incorporarse en el respectivo acto administrativo.

En atención a lo anterior, corresponde a esta Oficina efectuar el análisis jurídico pertinente, a fin de establecer el alcance de las restricciones previstas en la Ley de Garantías frente a la naturaleza constitucional y legal de los empleos de libre nombramiento y remoción, y así brindar una orientación institucional que permita adoptar decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico y a los principios que rigen la función administrativa.

II. PROBLEMA JURIDICO DERIVADO DE LAS CONSIDERACIONES PLANTEADAS:

¿Es jurídicamente procedente declarar la insubsistencia de servidores públicos vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías Electorales, sin que dicha decisión configure una modificación de la nómina estatal prohibida por dicha normativa, y bajo qué condiciones, límites y salvaguardas procedimentales puede ejercerse dicha facultad para evitar riesgos disciplinarios, fiscales, penales o de nulidad del acto administrativo?

De manera complementaria, se hace necesario establecer:

- Si, pese a la naturaleza discrecional de la declaratoria de insubsistencia, en el contexto de la Ley de Garantías se impone una motivación reforzada.
- Si la vacante que se genere con ocasión de la insubsistencia puede ser provista durante el mismo periodo.
- Cuáles son las salvaguardas jurídicas y procedimentales que deben adoptarse para asegurar la legalidad de las decisiones del nominador.

A partir de la resolución de este problema jurídico, se procederá a analizar el marco constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial aplicable, con el fin de absolver los interrogantes planteados y orientar la actuación administrativa bajo criterios de legalidad, razonabilidad y prevención del daño antijurídico.

III. COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015, a esta oficina le corresponde *“Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas a la Agencia y por las diferentes dependencias de la entidad”*.

IV. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Agencia de Desarrollo Rural, en virtud de la función asignada mediante el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares.

De conformidad con lo anterior, el presente concepto se emite conforme a lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el cual dispone que:

“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

En consecuencia, la orientación jurídica aquí proporcionada tiene un carácter meramente informativo y orientador, sin generar efectos jurídicos vinculantes ni obligaciones para su cumplimiento por parte del consultante o de terceros. Su finalidad es interpretar y esclarecer el marco normativo aplicable a la situación planteada, sin que ello constituya una decisión administrativa con fuerza ejecutoria.

V. FUNDAMENTOS LEGALES

Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, resulta necesario exponer el marco constitucional, legal y jurisprudencial aplicable, precisando el alcance de cada disposición y su relevancia frente a la facultad discrecional de declarar la insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción, así como frente a las restricciones establecidas por la Ley 996 de 2005.

5.1.- Normas constitucionales

Artículo 6: Establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esta disposición resulta relevante para el caso objeto de estudio, en la medida en que impone a las autoridades nominadoras el deber de ejercer sus competencias conforme al ordenamiento jurídico, especialmente cuando se trata de decisiones como la declaratoria de insubsistencia, que pueden tener implicaciones disciplinarias, fiscales o contenciosas si se adoptan en contravía de las restricciones previstas en la Ley de Garantías.

Artículo 121: Dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Para el caso objeto de análisis, esta norma constituye un fundamento directo del principio de legalidad administrativa, y resulta aplicable al caso, toda vez que la facultad de declarar la insubsistencia debe ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales, lo cual exige armonizar la potestad discrecional del nominador con las restricciones temporales establecidas por la Ley 996 de 2005.

Artículo 122: Establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento y que nadie podrá ejercer funciones públicas sin haber cumplido los requisitos correspondientes.

Esta disposición es relevante en la medida en que reafirma la naturaleza reglada del empleo público y la sujeción de los servidores a un régimen jurídico determinado, lo cual sirve de fundamento para comprender la diferencia entre los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de cada uno de ellos.

Artículo 125: Consagra que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo las excepciones previstas por la Constitución o la ley, entre las cuales se encuentran los empleos de libre nombramiento y remoción.

Esta disposición constitucional, es central para el presente análisis, por cuanto establece el fundamento constitucional de los empleos de libre nombramiento y remoción y, por ende, de la facultad discrecional del nominador para remover a quienes los ocupan. En consecuencia, cualquier interpretación de las restricciones previstas en la Ley 996 de 2005 debe realizarse de manera compatible con este mandato constitucional, sin desnaturalizar la esencia de dichos cargos.

Artículo 209: Dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Esta norma resulta relevante porque fija los principios que orientan el ejercicio de la función administrativa y que operan como límites materiales a la discrecionalidad del nominador. En el contexto de la Ley de Garantías, estos principios exigen que las decisiones de insubsistencia se adopten con criterios de legalidad, imparcialidad y finalidad institucional, evitando cualquier uso indebido con propósitos electorales.

5.2.- Normas Legales

Ley 909 de 2004: “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.” Cuyo objeto es regular sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Artículo 5. Clasifica los empleos públicos y establece que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción al régimen general de carrera administrativa.

Esta disposición resulta relevante para el caso objeto de análisis, en tanto desarrolla el mandato contenido en el artículo 125 de la Constitución Política y delimita la naturaleza jurídica excepcional de los empleos de libre nombramiento y remoción. En efecto, estos cargos no se rigen por el sistema de mérito ni otorgan estabilidad propia de la carrera administrativa, sino que su permanencia en el servicio se encuentra sujeta a la confianza del nominador y a las necesidades institucionales, lo cual constituye el fundamento material de la facultad de remoción discrecional.

Artículo 23. Dispone que los nombramientos podrán ser ordinarios, en período de prueba o en ascenso, y establece expresamente que los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos mediante nombramiento ordinario,

previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y del procedimiento establecido en la ley.

Esta disposición resulta relevante para el problema jurídico analizado, en tanto define la forma de provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción y reafirma su naturaleza jurídica diferenciada frente a los empleos de carrera administrativa.

En efecto, al establecer que estos cargos se proveen mediante nombramiento ordinario, el legislador reconoce que su acceso no se encuentra condicionado al sistema de mérito ni a periodos de prueba, sino a la confianza del nominador y a las necesidades del servicio, lo cual constituye el fundamento jurídico de la facultad discrecional de nombrar y remover a quienes los ocupan.

En ese sentido, la forma de provisión prevista en esta norma se articula con lo dispuesto en el artículo 41 de la misma ley, en cuanto reconoce la declaratoria de insubsistencia como causal de retiro del servicio en estos empleos, lo cual permite entender que la discrecionalidad del nominador opera tanto en el ingreso como en la permanencia del servidor en el cargo.

Artículo 41. Establece que el retiro del servicio en los empleos de libre nombramiento y remoción se produce, entre otras causales, por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, y que la competencia para efectuar dicha remoción es de naturaleza discrecional y se ejerce mediante acto administrativo que no requiere motivación.

Esta norma reviste especial importancia para el problema jurídico planteado, en la medida en que consagra expresamente la facultad del nominador para declarar la insubsistencia en este tipo de empleos, como manifestación de la dirección administrativa y de la confianza institucional. En consecuencia, dicha potestad debe ser interpretada y ejercida en armonía con las restricciones temporales previstas en la Ley 996 de 2005, a fin de evitar interpretaciones que desconozcan la naturaleza constitucional de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Ley 996 de 2005: En lo que respecta al problema jurídico planteado, resulta necesario acudir a las disposiciones de la Ley 996 de 2005, en la medida en que esta normativa introduce restricciones temporales a la vinculación y modificación de la nómina estatal durante el periodo preelectoral, con el propósito de preservar la transparencia, imparcialidad y equidad en la contienda democrática.

Artículo 1. Esta disposición establece que la finalidad de la Ley de Garantías consiste en definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate

electoral, garantizando condiciones de igualdad entre los candidatos y regulando la participación en política de los servidores públicos.

Este precepto reviste especial importancia para el análisis que se adelanta, por cuanto permite comprender que las restricciones previstas en la ley no tienen como finalidad paralizar la actividad administrativa ni suspender las competencias propias de las autoridades públicas, sino evitar que los recursos del Estado, particularmente la nómina pública, sean utilizados con propósitos proselitistas o de favorecimiento electoral.

Así, el alcance de las limitaciones previstas en esta normativa debe interpretarse a la luz de su finalidad constitucional, lo cual impone una lectura sistemática que armonice las restricciones electorales con la naturaleza jurídica de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Artículo 32. Esta disposición establece la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público durante el periodo preelectoral.

La norma constituye uno de los pilares de la Ley de Garantías, en tanto busca impedir que, a través de la creación o provisión de empleos públicos, se generen ventajas indebidas para determinados candidatos o movimientos políticos. De esta manera, el legislador pretendió evitar que la administración se convierta en un instrumento de presión o de recompensa electoral.

No obstante, el alcance de esta prohibición exige ser analizado de manera sistemática con las normas que regulan la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción, toda vez que la disposición se refiere expresamente a la vinculación de personal, lo cual hace necesario determinar si la declaratoria de insubsistencia, en cuanto acto de retiro del servicio, puede o no considerarse comprendida dentro de dicha restricción.

Artículo 38, parágrafo. Prohibición de modificar la nómina. Por su parte, el parágrafo del artículo 38 dispone que la nómina de las entidades no podrá ser modificada dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

Esta norma constituye el núcleo del problema jurídico objeto del presente concepto, en la medida en que introduce una prohibición general de modificación de la nómina estatal durante el periodo preelectoral, con el claro propósito de evitar prácticas clientelistas o el uso del empleo público como mecanismo de influencia electoral.

Sin embargo, la aplicación de esta disposición no puede hacerse de manera aislada ni literal, sino a partir de una interpretación sistemática con las normas constitucionales y legales que regulan los empleos de libre nombramiento y remoción, cuya naturaleza jurídica se encuentra directamente prevista en el artículo 125 de la Constitución y desarrollada por la Ley 909 de 2004.

Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, en tanto desarrolla disposiciones relacionadas con la **clasificación de los empleos**, su **provisión** y las reglas generales del **empleo público**, aspectos que resultan relevantes para la comprensión del régimen aplicable a los empleos de libre nombramiento y remoción, así como para delimitar el alcance de la facultad nominadora en materia de retiro del servicio.

En particular, el artículo 2.2.11.1.2, el cual establece que: *En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.*

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

En ese sentido, el análisis que se impone no consiste únicamente en constatar la existencia de una prohibición general de modificar la nómina, sino en determinar si la declaratoria de insubsistencia —como manifestación de la facultad discrecional del nominador, de origen constitucional— se encuentra comprendida dentro de dicha restricción, o si, por el contrario, se trata de una potestad que subsiste durante el periodo de garantías, siempre que su ejercicio no esté orientado por fines electorales.

Por consiguiente, la correcta comprensión de estas disposiciones exige armonizar el objetivo de la Ley de Garantías, consistente en impedir la manipulación electoral de la nómina estatal, con la naturaleza constitucional de los empleos de libre nombramiento y remoción y con la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento de la administración pública.

VI. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES JURIDICAS

El problema jurídico planteado por la Secretaría General exige analizar el alcance de la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción, frente a las restricciones temporales impuestas por la Ley 996 de 2005, con el fin de determinar si dicha facultad puede ejercerse durante el periodo preelectoral y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones, límites y salvaguardas procedimentales.

Este análisis debe efectuarse a partir de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta, de una parte, el fundamento constitucional y legal de los empleos de libre nombramiento y remoción y, de otra, la finalidad y alcance de las restricciones establecidas por la Ley de Garantías, así como los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales vigentes.

En efecto, como ya se mencionó en el acápite de fundamentos legales de este concepto, el artículo 125 de la Constitución Política consagra que los empleos del Estado son de carrera administrativa, salvo las excepciones previstas por la Constitución o la ley, entre las cuales se encuentran los empleos de libre nombramiento y remoción. Esta excepción responde a la naturaleza funcional de determinados cargos que implican dirección, manejo o especial confianza, razón por la cual su permanencia en el servicio no está sujeta a la estabilidad propia de la carrera administrativa.

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 909 de 2004 estableció que el retiro de los servidores que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción puede producirse, entre otras causales, por declaratoria de insubsistencia, la cual constituye una manifestación de la facultad discrecional del nominador y, por regla general, no requiere motivación expresa.

Lo anterior, ha sido reiterado por el Consejo de Estado, a través de la sentencia 2016-00154 de 2020 en donde se señaló que:

“Los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requieren motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber.”

No obstante, la Ley 996 de 2005 introdujo un régimen excepcional de restricciones al ejercicio de determinadas competencias administrativas durante el periodo preelectoral, orientado a impedir que la nómina estatal sea utilizada como instrumento de presión, recompensa o favorecimiento electoral, garantizando así la transparencia y equidad en la contienda democrática.

En desarrollo de dichas disposiciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública a través del Concepto 556301 de 2023, ha sostenido que:

“En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la declaratoria de insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.”

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, recogida por la doctrina administrativa, ha reconocido que:

“El Acto Legislativo 02 de 2004, en el párrafo transitorio del artículo 4º, mandó que el legislador interviniera, y no de cualquier modo, sino con la expedición de una Ley Estatutaria que atendiera a las nuevas necesidades creadas con la expedición del Acto Legislativo 02 de 1994. Según el literal f) del artículo 152 de la Constitución, una Ley estatutaria debía atender “entre otras” materias, la regulación de la “participación en política de servidores públicos”, lo que evidencia que la reforma constitucional buscó controlar el fenómeno por medio del cual el servicio público pueda ser usado para inclinar la voluntad electoral y menguar la legitimidad de todo tipo de elecciones, en tanto el manejo de la planta de personal puede ser usado para incidir en los resultados electorales, con lo cual se irroga grave perjuicio a la democracia. Habiéndose aclarado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección del Presidente de la República, del Vicepresidente y de los Congressistas, restricción que como es natural, al ser desconocida en el acto aquí demandado conduce a la invalidación de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto No. 2304 de 1989 artículo 14. La desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B". Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10).

exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio, lo que en este caso tampoco quedó demostrado, ni siquiera insinuado en la actividad probatoria. En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral², este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción. Sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.”

En tales eventos, la jurisprudencia mencionada ha indicado que surge un especial deber de motivación del acto administrativo, con el fin de demostrar que la decisión obedece a circunstancias objetivas y verificables, orientadas a la protección de la transparencia electoral o a la adecuada prestación del servicio público, y no a finalidades ajenas al interés general.

Así, el criterio jurisprudencial ha sido recogido por la doctrina del Departamento Administrativo de la Función Pública, que ha reconocido que, si bien la declaratoria de insubsistencia se encuentra, en principio, comprendida dentro de las restricciones de la Ley de Garantías, en casos excepcionales puede adoptarse esta decisión, siempre que exista una justificación suficiente y una motivación reforzada que acredite la necesidad institucional de la medida.

En consecuencia, el análisis jurídico del asunto no conduce a una respuesta absoluta, sino a una regla general de restricción, acompañada de una excepción de carácter estrictamente limitado, condicionada a la existencia de circunstancias extraordinarias y debidamente acreditadas.

Bajo este marco interpretativo, se procede a dar respuesta a los interrogantes formulados por la Secretaría General, con el fin de orientar la actuación administrativa bajo criterios de legalidad, razonabilidad y prevención del daño antijurídico.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

6.1.- Procedencia jurídica de la declaratoria de insubsistencia durante la vigencia de la Ley de Garantías

Como se indicó en el análisis precedente, la declaratoria de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción constituye una facultad discrecional del nominador, de origen constitucional y legal, orientada a garantizar la dirección eficaz de la administración y la confianza institucional en el ejercicio de la función pública.

No obstante, durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, dicha facultad se encuentra sometida a restricciones temporales, en la medida en que la insubsistencia implica la desvinculación de un servidor público y, por tanto, constituye una modificación de la nómina estatal.

En este sentido, como regla general, la declaratoria de insubsistencia se encuentra comprendida dentro de las prohibiciones de la Ley de Garantías, por implicar una modificación de la planta de personal durante el periodo preelectoral.

Sin embargo, esta restricción no puede interpretarse en términos absolutos, pues ello conduciría a desconocer la naturaleza constitucional de los empleos de libre nombramiento y remoción y a paralizar el funcionamiento de la administración. Por ello, ha admitido que, en situaciones absolutamente excepcionales, puede ejercerse la facultad discrecional de remoción durante el periodo de garantías, siempre que la decisión esté debidamente justificada en razones de buen servicio y no responda a intereses políticos o proselitistas.

En consecuencia, la declaratoria de insubsistencia no resulta jurídicamente procedente de manera ordinaria durante la vigencia de la Ley de Garantías, y solo podría adoptarse en circunstancias excepcionales, debidamente acreditadas y justificadas.

6.2.- Si, pese a la naturaleza discrecional de la decisión, se impone la necesidad de una motivación reforzada.

En condiciones ordinarias, la declaratoria de insubsistencia no exige motivación expresa, por tratarse de una facultad discrecional del nominador.

Sin embargo, cuando se pretenda ejercer dicha facultad durante el periodo de restricciones de la Ley de Garantías, el estándar de legalidad de la decisión se torna más exigente, en la medida en que la administración debe demostrar que la medida no constituye un mecanismo de manipulación de la nómina con fines electorales.

En este contexto, en los eventos excepcionales en los que se adopte una decisión de insubsistencia durante el periodo preelectoral, surge un especial deber de motivar el acto administrativo, a fin de acreditar que la decisión responde a circunstancias objetivas y

verificables, relacionadas con el buen servicio o la protección de la transparencia electoral.

Por consiguiente, durante la vigencia de la Ley de Garantías, la declaratoria de insubsistencia exige una motivación reforzada, orientada a demostrar la excepcionalidad de la medida y su fundamento exclusivo en razones de interés general.

6.3.- Los riesgos disciplinarios, fiscales, penales o de nulidad que eventualmente podrían configurarse.

La adopción de una declaratoria de insubsistencia durante la vigencia de la Ley de Garantías, sin observar las restricciones legales o sin la debida justificación, puede generar distintos escenarios de responsabilidad.

Desde la perspectiva disciplinaria, podría configurarse una falta por extralimitación de funciones o por desconocimiento del principio de legalidad, en la medida en que el nominador estaría ejerciendo una competencia en contravía de las restricciones previstas por la Ley de Garantías, lo cual podría ser considerado una actuación irregular en el ejercicio de sus funciones.

En el ámbito contencioso-administrativo, el acto de insubsistencia podría ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por violación de norma superior, falsa motivación o desviación de poder, particularmente si se demuestra que la decisión tuvo fines distintos al interés del servicio o que se adoptó sin la motivación reforzada exigida en el contexto del periodo preelectoral. En estos casos, la eventual declaratoria de nulidad del acto podría dar lugar a condenas contra la entidad, con las correspondientes consecuencias patrimoniales.

Adicionalmente, en aquellos eventos en los que se evidencie la utilización de la nómina pública con propósitos electorales, o cuando la decisión genere un detrimento al patrimonio público —por ejemplo, a través del pago de indemnizaciones derivadas de la nulidad del acto administrativo—, podrían configurarse eventuales responsabilidades fiscales, de acuerdo con las competencias de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales.

De igual manera, si se llegare a demostrar que la decisión fue adoptada con la finalidad de favorecer o perjudicar intereses electorales, o que se incurrió en conductas que puedan tipificarse como delitos contra la administración pública o contra los mecanismos de participación democrática, podrían derivarse responsabilidades de carácter penal, conforme a las investigaciones que adelanten las autoridades competentes.

En consecuencia, la declaratoria de insubsistencia durante la vigencia de la Ley de Garantías, sin el cumplimiento de los requisitos excepcionales y sin la debida motivación

reforzada, no solo compromete la legalidad del acto administrativo, sino que puede generar riesgos disciplinarios, fiscales, penales y contenciosos para la administración y para los servidores públicos que intervengan en su expedición.

6.4.- Las salvaguardas procedimentales que deberían adoptarse para mitigar la exposición a reproches por parte de los órganos de control o requerimiento judiciales.

De acuerdo con el marco constitucional, legal y jurisprudencial analizado, el ejercicio de la facultad discrecional de declarar la insubsistencia durante la vigencia de la Ley de Garantías exige la adopción de medidas de carácter preventivo que permitan demostrar la legalidad, razonabilidad y finalidad institucional de la decisión, así como mitigar eventuales reproches disciplinarios, fiscales o contenciosos.

E

n efecto, tratándose de una facultad que, si bien tiene origen constitucional, se encuentra temporalmente restringida por una norma de naturaleza estatutaria orientada a proteger la transparencia electoral, su ejercicio durante el periodo preelectoral debe sujetarse a estándares reforzados de justificación y control.

En este contexto, la adopción de salvaguardas procedimentales constituye una manifestación del principio de legalidad y del deber de prevención del daño antijurídico, en la medida en que permite evidenciar que la decisión no obedece a intereses políticos o proselitistas, sino a razones objetivas de buen servicio.

En tal sentido, se recomienda que, previo a la expedición del acto administrativo de insubsistencia, se adopten, como mínimo, las siguientes medidas:

- **Verificación de la excepcionalidad de la medida:** Debe constatar que la decisión responde a una circunstancia excepcional, debidamente acreditada, que haga necesaria la desvinculación del servidor, en atención a razones objetivas de interés del servicio o a la protección de la transparencia electoral.
- **Soporte jurídico previo:** Resulta recomendable contar con un análisis técnico, administrativo o jurídico que sustente la necesidad institucional de la medida, en el cual se expongan las razones que justifican la declaratoria de insubsistencia en el contexto del periodo de restricciones.
- **Motivación expresa y suficiente del acto administrativo** El acto administrativo deberá incorporar una motivación reforzada, clara y suficiente, en la cual se expongan las razones objetivas que justifican la decisión, haciendo énfasis en la circunstancia excepcional que da lugar a la insubsistencia, las razones de interés del servicio que la sustentan, la inexistencia de finalidad política o proselitista.
- **Conservación de expediente administrativo:** Es aconsejable conservar en el expediente administrativo todos los documentos que respalden la decisión, tales como informes técnicos, conceptos jurídicos, comunicaciones internas o cualquier otro soporte que permita acreditar la legalidad y razonabilidad de la medida.

En consecuencia, la adopción de estas salvaguardas procedimentales no solo contribuye a garantizar la legalidad de la actuación administrativa, sino que constituye una herramienta esencial para la prevención de eventuales responsabilidades disciplinarias, fiscales o judiciales derivadas del ejercicio de la facultad discrecional en el marco de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías.

6.5.- Si la vacante que llegare a generarse podría o no ser provista durante el mismo periodo, junto con las alternativas jurídicas viables.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 y en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, durante el periodo preelectoral se encuentra suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, así como la modificación de la misma, salvo en los eventos expresamente exceptuados por el legislador.

En este sentido, la regla general durante la vigencia de la Ley de Garantías consiste en la prohibición de proveer vacantes, en la medida en que toda vinculación implica una modificación de la nómina estatal, circunstancia que el legislador buscó restringir para evitar la utilización del empleo público como instrumento de presión, recompensa o favorecimiento electoral.

Como se ha manifestado, la vinculación de personal incide directamente en la nómina estatal y, por tanto, se encuentran comprendidas dentro de las restricciones propias del periodo preelectoral, salvo en los casos exceptuados por la propia normativa.

No obstante, la Ley de Garantías no consagra una prohibición absoluta, sino una restricción condicionada, que admite excepciones cuando la vacante se origine en circunstancias ajenas a la voluntad del nominador o cuando la provisión del cargo resulte indispensable para garantizar la continuidad del servicio público.

En este sentido de manera excepcional, es jurídicamente viable la provisión de vacantes cuando estas se generen por:

- Renuncia irrevocable del servidor.
- Muerte.
- Licencia.
- O cualquier otra circunstancia legal que haga indispensable la provisión del cargo para asegurar la continuidad del servicio.

En tales eventos, la decisión de provisión no responde a una política de expansión o modificación deliberada de la nómina, sino a la necesidad de garantizar el funcionamiento regular de la administración, lo cual resulta compatible con la finalidad de la Ley de Garantías.

Sin embargo, para que dicha provisión resulte jurídicamente válida, es necesario que la administración acredite de manera expresa:

1. La existencia de la vacancia por una causa legal objetiva.
2. La necesidad real y verificable del servicio.
3. La indispensabilidad del cargo para el funcionamiento de la entidad.
4. La ausencia de finalidad política o proselitista.

En consecuencia, durante la vigencia de la Ley de Garantías, la provisión de vacantes no es jurídicamente procedente de manera ordinaria, y solo podrá efectuarse en situaciones excepcionales, debidamente justificadas, en las cuales la continuidad del servicio público haga indispensable la vinculación correspondiente, debiendo el acto administrativo respectivo contener una motivación suficiente y los soportes que acrediten la legalidad de la decisión.

6.6.- En el evento en que se estime jurídicamente posible efectuar una vinculación en un empleo de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías Electorales, indicar bajo qué causales podría realizarse dicha provisión, el sustento normativo que la respaldaría y los criterios de argumentación y motivación que debería contener el respectivo acto administrativo para garantizar su legalidad.

Como se indicó en el numeral anterior, la regla general durante la vigencia de la Ley de Garantías consiste en la prohibición de modificar la nómina estatal, lo cual comprende, por regla general, la provisión de vacantes en empleos públicos. No obstante, dicha restricción no tiene carácter absoluto, pues el propio legislador ha previsto supuestos excepcionales en los cuales resulta jurídicamente admisible efectuar vinculaciones, cuando ello sea indispensable para garantizar la continuidad del servicio público.

En efecto, el artículo 32 y el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 permiten, de manera excepcional, la provisión de cargos cuando la vacante se origine en circunstancias objetivas y ajenas a la voluntad del nominador, tales como la renuncia irrevocable, la muerte del servidor, la concesión de una licencia o cualquier otra situación que haga indispensable la provisión del empleo para el normal funcionamiento de la administración.

Este criterio ha sido reiterado por la doctrina del Departamento Administrativo de la Función Pública, así como por los lineamientos contenidos en la Circular Conjunta 100-006 de 2021, según los cuales, durante el periodo preelectoral, solo resulta jurídicamente viable efectuar vinculaciones cuando exista una necesidad real, objetiva y verificable del servicio, que haga indispensable la provisión del cargo.

En consecuencia, la vinculación en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la Ley de Garantías solo podrá realizarse cuando concurren de manera concurrente la vacancia originada en una causa legal, como la renuncia irrevocable, la muerte o la licencia del servidor o en situaciones excepcionales en las cuales la falta de provisión del empleo comprometa de manera grave la continuidad del servicio público o el cumplimiento de funciones esenciales de la entidad.

Ahora bien, con el fin de garantizar la legalidad de la decisión y mitigar eventuales riesgos disciplinarios, fiscales o contenciosos, el acto administrativo de vinculación deberá contener una motivación expresa, suficiente y verificable, en la cual se:


1. Identifique claramente la causal de la vacancia.
2. Explique las circunstancias fácticas que dieron lugar a la misma.
3. Justifique la necesidad institucional de la provisión del cargo.
4. Acredite la indispensabilidad del empleo para el funcionamiento de la entidad.
5. Señale de manera expresa que la decisión no obedece a finalidades políticas o proselitistas.
6. Haga referencia a los soportes administrativos o jurídicos que sustentan la decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica considera que la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción, si bien tiene fundamento constitucional y legal, se encuentra sometida a restricciones temporales durante la vigencia de la Ley 996 de 2005, en atención a la finalidad de esta normativa, orientada a preservar la transparencia, imparcialidad y equidad en la contienda electoral.

En los anteriores términos, esta Oficina Asesora Jurídica da respuesta a la solicitud elevada, dejando expuestas las consideraciones jurídicas pertinentes para la adopción de las decisiones administrativas que correspondan, en estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y de los principios que rigen la función administrativa.

Cordialmente,

CAMARGO
JIMENEZ
AMANDA
LUCIA



Firmado
digitalmente por
CAMARGO
JIMENEZ AMANDA
LUCIA

AMANDA LUCIA CAMARGO JIMENEZ
Jefe Oficina Jurídica
Agencia de Desarrollo Rural

Revisó: Andrés Briceño Chaves- Director Jurídico- Andrés Briceño Lawyers 