



Bogotá D.C., 31 de julio de 2015
Oficio No.

000271

SIAF 1 2 3 7 6 6
Salida _____

Doctor
JUAN BAUTISTA GIRALDO OSORIO
Director Jurídico
Concejo Distrital de Bogotá D.C.
Calle 36 No. 28 A – 41
jbgiraldo@concejobogota.gov.co
Ciudad

Referencia: Respuesta a Consulta formulada por el doctor Juan Bautista Giraldo Osorio, Rad. Siaf. 258738 -2015, Rad Interno 632.

Cordial saludo Doctor Giraldo:

1. Consideraciones Generales sobre la función consultiva

En relación con el asunto de la referencia le informo que en desarrollo de la función consultiva asignada a esta dependencia por el Decreto 262 de 2000 y la Circular 038 de 13 de septiembre de 2001, emanada del Despacho del Procurador General de la Nación, esta Entidad deberá abstenerse de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas que sean o puedan llegar a ser materia de investigación disciplinaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, las respuestas en estos casos deben limitarse a suministrar elementos de juicio de carácter general, que sirvan para ilustrar al peticionario en el tema que le interesa, condiciones en las cuales se atenderá su petición.

2. Problemas Jurídicos concretos planteados:

Sea lo primero decir que esta Delegada adecúa la situación propuesta de manera que sea posible atender y materializar su derecho fundamental de petición. Por tal razón, se atenderá su consulta de manera general, sin hacer mención a persona en especial. Así las cosas, el interrogante que el peticionario realiza es el siguiente:

2.1. Es posible que cuando medie reconocimiento de pensión de vejez o invalidez por parte del fondo de pensiones, y una vez retirado el funcionario de la Corporación, ¿es posible que dentro del periodo de Ley de Garantías sea provisto dicho cargo?

2.1.1. Previo a resolver el anterior interrogante esta delegada precisa la siguiente ilustración de doctrina y Jurisprudencia:

La Ley 996 de 2005, nació por la necesidad de crear mecanismos que permitieren brindar igualdad electoral y garantizar un equilibrio entre los candidatos a cargos



públicos de elección popular, todo con ocasión del Acto Legislativo 2 de 2004 que permitió la reelección presidencial y señaló que el Congreso de la República mediante Ley Estatutaria debería regular el tema.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto No. 1731 del 14 de marzo de 2006, con ponencia del Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, precisó:

«Ya ha tenido oportunidad de señalar esta Sala que en los antecedentes de la ley 996 de 2005 no se encuentran referencias profundas ni debates exhaustivos sobre la disposición en comento. Sin embargo, se advierte que ella fue concebida como un mecanismo para brindar igualdad electoral y garantizar el equilibrio entre los candidatos de las distintas fuerzas políticas, frente a un Presidente en ejercicio que aspire a la reelección, reducir los espacios de discrecionalidad en la gestión administrativa, impedir la utilización del poder de nominación para presionar el respaldo de causas o campañas políticas, evitar el acceso a los recursos del Estado en beneficio de estas, todo con el fin de fortalecer la legitimidad y credibilidad del sistema político mediante el ejercicio transparente de las libertades públicas».

En la exposición de motivos de la ley se dijo que ella buscaba:

«(...) impedir que el cargo que se ostente sea utilizado para promover una candidatura o ejercer presión sobre los subordinados para determinar su voluntad de elección (...) (brindar) todas las garantías de igualdad posible entre candidatos y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección»

«En el entendido de que las condiciones de los demás candidatos no pueden ser equiparadas de forma automática a las del candidato presidente, en esta última condición, sí resulta absolutamente claro que se deben generar los mecanismos para que durante la campaña presidencial, los componentes propios del cargo de primer mandatario no generen un desequilibrio sustancial, que se pudiera interpretar como falta de garantías para que se desarrolle el modelo de democracia participativa en el contexto de un Estado Social de Derecho».

Por lo anterior, y con la finalidad de brindar una igualdad electoral, la comúnmente denominada Ley de Garantías Electorales, restringió entre otras cosas la contratación de las entidades públicas frente a la celebración de convenios interadministrativos; la vinculación a la nómina de las entidades; etc.; limitaciones que opera de manera diferente, dependiendo el tipo de elección que se deba efectuar.

Así pues, en el certamen electoral que se llevará a cabo en de octubre de 2015, esto es, elección de Alcaldes, Gobernadores, Concejales Municipales y Distritales, Diputados de las Asambleas Departamentales y Ediles opera la restricción contractual consagrada en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, que al efecto dispone:

«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». (Subrayado de la Delegada).

Sobre la connotación de dicha norma se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto No. 2011 del 10 de junio de 2010, con ponencia del doctor William Zambrano Cetina (e), en donde se expresó:

«La Sala estima necesario hacer la observación de que la restricción del párrafo del artículo 38 en cuanto a la celebración de contratos interadministrativos, se refiere únicamente a aquellos destinados a la **ejecución de recursos públicos**, no a los demás. (...)

(...) En relación con el párrafo del artículo 38 de la ley 996, es claro que su campo de aplicación se refiere a las entidades territoriales pues en su parte inicial menciona una serie de autoridades del orden territorial y como se dijo, su alcance se refiere a elecciones en general, tanto territoriales como nacionales.

A este respecto, la Sala mediante el concepto No. 1720 del 17 de febrero de 2006, manifestó:

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

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las



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

En cuanto a la restricción a la variación de la nómina en las entidades a las que les aplica esta prohibición, se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto No. 1839 del 26 de julio de 2007, con ponencia del doctor Gustavo Aponte Santos, en donde se expresó:

«La Corte Constitucional, en la sentencia C-1153 de 2007, sobre este particular, sostuvo:

"(...) encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo".

En concepto de esta Sala, la fuente de esta prohibición es el artículo 125 de la Carta, que proscribe la afiliación política de los ciudadanos como un factor determinante para el nombramiento, el ascenso o la remoción de una persona en un empleo y, por supuesto, el principio de igualdad que rige los procesos electorales.

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

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del parágrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en dos casos:

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

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

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación



restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías.

(...)

En particular, sobre la restricción temporal de modificar la nómina consagrada en el último inciso del párrafo del artículo en comento, considera ésta Sala que los gerentes de las mismas dentro de los cuatro meses anteriores a la elección no pueden nombrar, ni remover a ninguno de sus funcionarios, salvo en los casos expresamente exceptuados». (Subrayado de la Delegada).

En este mismo sentido, la misma Sala en concepto No. 1985 del 4 de febrero de 2010, con ponencia del doctor Enrique José Arboleda Perdomo, aseveró:

«Destaca la Sala el último inciso del párrafo transcrito, porque prohíbe a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a "las elecciones a cargos de elección popular", con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer vinculaciones a la nómina del respectivo organismo o entidad territorial.

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por "muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada", es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004¹.

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.» (Subrayado de la Delegada).

2.1.2. Con apoyo en la doctrina y jurisprudencia señaladas anteriormente esta delegada responde:

De conformidad con el inciso 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, 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 modificar la nómina del respectivo ente territorial o de sus entidades descentralizadas, 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

La restricción de la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, o el ascenso o remoción de un

¹ Ley 909 de 2004, Art. 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; /.../"



empleo, pues el objetivo es que la modificación a la nómina no se realice por razones de proselitismo.

En lo referido con las pensiones de vejez o de jubilación, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto no. 1985 del 4 de febrero de 2010 sostuvo que las excepciones del inciso 4 del parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez.

Considera ésta Delegada que si el Consejo de Estado no permite proveer el cargo en situaciones de pensiones de invalidez o de vejez de cargos que no sean de carrera administrativa, tampoco es posible suplir el cargo cuando la vacante se ocasiona por pensión de invalidez.

Además de lo anterior, el régimen de prohibiciones y sus excepciones son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual no es posible extender la excepción a las pensiones de invalidez.

Así las cosas, a las entidades territoriales no se les permiten proveer un cargo de libre nombramiento y remoción que ha quedado vacante en razón de una pensión de invalidez.

2.2. ¿Es posible que en la Ley de Garantías se pueda declarar insubsistente a un funcionario del concejo y al mismo tiempo suplir dicha vacante, con la premisa que existe sentencia judicial que autoriza a la Corporación retirar al funcionario del cargo que se desempeña, en razón a que se levantó el fuero sindical del que gozaban?

2.2.1. Previo a resolver el anterior interrogante esta delegada precisa la siguiente ilustración de doctrina y Jurisprudencia:

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 señala:

«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». (Subrayado de la Delegada).

Sobre el proceso de levantamiento de fuero sindical el Código de Procedimiento Laboral señala:

«ARTICULO 113. -Modificado. D. 204/57, art.2º. Modificado por el art. 44, Ley 712 de 2001. Solicitud del patrono para despidos. La solicitud de permiso hecha por el patrono para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical o para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa, o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada y contener una relación pormenorizada de las pruebas que la demuestren.

Nota: Mediante Sentencia C-381 de abril 5 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la OIT, para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado.

ARTICULO 114. -Modificado. D. 204/57, art. 3º. Modificado por el art. 45, Ley 712 de 2001. Traslado y audiencias. Recibida la solicitud, el juez, en providencia que se notificará personalmente y que dictará dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia. En ésta, que tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes, se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto se practicarán las pruebas pedidas por las partes y se pronunciará la correspondiente decisión.

Si no fuere posible dictarla inmediatamente, se citará para una nueva audiencia que tendrá lugar dentro de los dos (2) días siguientes, con este fin.

Nota: Mediante Sentencia C-381 de abril 5 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 114 del Código Procesal del Trabajo siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio».

Y la Corte Constitucional en sentencia T-220 del 2012 manifestó:

«La sentencia SU-036 de 1999, señaló que desde la vigencia de la Constitución de 1991, tampoco los servidores públicos aforados serán despedidos sin autorización judicial previa. Si bien durante algún tiempo se reconoció que los despidos de empleados públicos cobijados por fuero sindical, exigían un acto de motivación expresa sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa, luego de la entrada en vigencia de la Ley 362 de 1997 derogada por la Ley 712 de 2002, es claro que también este tipo de empleados aforados no podrán ser despedidos sin autorización judicial previa, y que podrán hacer uso de la acción de reintegro cuando hayan sido despedidos sin la mencionada calificación,



“Así, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la declaración de inexecutable del artículo 409 del Código Sustantivo Trabajo, se entendía que un servidor público *no podía ser despedido ni desmejoradas sus condiciones de trabajo ni trasladado, sin justa causa previamente calificada por el juez*, pues es ésta la esencia del fuero sindical.

(...) La entrada en vigencia de la mencionada ley *-febrero 21 de 1997-*, trajo dos consecuencias trascendentales: la primera, que la administración para despedir, desmejorar las condiciones laborales o trasladar a un servidor público amparado por fuero sindical, deberá contar con la autorización del juez laboral-**calificación judicial**-. Para ello, será menester agotar el trámite establecido en los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo, que regulan todo lo referente a esta autorización. La segunda, que el servidor público podrá hacer uso de la **acción de reintegro** que consagra el artículo 118 del mismo código, ante el juez ordinario laboral, cuando ha sido despedido, sus condiciones laborales desmejoradas o trasladado sin la mencionada calificación”.

(...)

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato».

2.2.2. Con apoyo en la doctrina y jurisprudencia señaladas anteriormente esta delegada responde:

De acuerdo con el inciso 4 del párrafo de artículo 38 de la Ley de Garantías, 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 modificar la nómina del respectivo ente territorial o de sus entidades descentralizadas, 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

En lo relacionado con el proceso de levantamiento de fuero sindical, conforme con el Código de Procedimiento Laboral y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, éste consiste en que el patrono solicita un permiso al juez para poder despedir a un trabajador amparado por fuero sindical. Así las cosas, el juez en su sentencia levanta el fuero sindical para que el empleador pueda realizar el despido, pero el juez no ordena el despido del trabajador.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso propuesto por el peticionario, la orden judicial levanta el fuero sindical del trabajador para que el concejo pueda entonces declarar insubsistente al servidor público. Sin embargo, no le ordena realizar el despido o la declaración de insubsistencia, pues esto queda a discreción de la Corporación.



Bajo el entendido de que la Ley de Garantías en el inciso 4 del párrafo 38 no establece como excepción a la modificación a la nómina la orden de un juez de levantamiento del fuero sindical, no es posible que las entidades territoriales declaren insubsistentes a funcionarios a los cuales se les ha ordenado el levantamiento del fuero sindical. Tampoco es posible, en el caso de que la declaratoria de insubsistencia se haya realizado antes de la vigencia de la Ley de Garantías, que los cargos que quedaron vacantes en razón de la declaratoria de insubsistencia sean provistos.

2.3. ¿Es posible que estando en el periodo de Ley de Garantías, y habiendo declarado insubsistentes antes de dicha fecha a dos funcionarios de libre nombramiento y remoción, pertenecientes a la Unidad de Apoyo Normativo de un concejal a quien se le decretó vacancia definitiva de su curul, es posible reemplazarlos con dos nuevos funcionarios teniendo en cuenta la nueva postulación que haga el concejal que reemplazó al anterior?

2.3.1. Previo a resolver el anterior interrogante esta delegada precisa la siguiente ilustración de doctrina y Jurisprudencia:

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 señala:

«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». (Subrayado de la Delegada).

2.3.2. Con apoyo en la doctrina y jurisprudencia señaladas anteriormente esta delegada responde:

De conformidad con el numeral 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 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 modificar la nómina del respectivo ente territorial o de sus entidades descentralizadas, salvo que se trate de:

1. Provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada;
2. Y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Sobre este artículo la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina hace referencia a la imposibilidad de creación de cargos nuevos y la provisión de los mismos. Por lo tanto, en vigencia de la Ley de Garantías se prohíbe tanto las declaratorias de insubsistencia como los actos de nombramiento de funcionarios públicos.

Además, el inciso 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece unas excepciones a la prohibición de la modificación de la nómina las cuales se consideran que son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva. Razón por la cual no es posible extender las excepciones a situaciones no contempladas en la Ley como el haber declarado la insubsistencia antes de que entrara a operar la Ley de Garantías.

Para concluir, en virtud del numeral 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías no es posible suplir los cargos que quedaron vacantes antes de la entrada en vigencia de la Ley 996 de 2005.

2.4. ¿Es posible estando en el periodo de Ley de Garantías, se pueda nombrar funcionarios de libre nombramiento y remoción, en razón a que el concejal que realizó la postulación de dichos funcionarios la realizó antes de entrar en vigencia la Ley de Garantías?

2.4.1. Ésta Delegada responde:

Considera la Procuraduría Séptima Delegada que el interrogante formulado por el peticionario fue respondido en el numeral 2.3.2.

2.5. ¿Es posible que por haber sido presentada y aceptada la renuncia irrevocable antes de entrar en vigencia la Ley de Garantías, se pueda nombrar ahora a dos funcionarios de inferior cargo al que renunció irrevocablemente, ya que con el presupuesto de éste último se podría nombrar a dos cargos distintos y de inferiores salarios?

2.5.1. Previo a resolver el anterior interrogante esta delegada precisa la siguiente ilustración de doctrina y Jurisprudencia:

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 señala:

«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,



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. (Subrayado de la Delegada).

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el significado de nómina es el siguiente:

« **Nómina:** 1. f. Lista o catálogo de nombres de personas o cosas.

2. f. Relación nominal de los individuos que en una oficina pública o particular han de percibir haberes y justificar con su firma haberlos recibido»².

2.5.2. Con apoyo en la doctrina y jurisprudencia señaladas anteriormente esta delegada responde:

Nuevamente recordamos que el numeral 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece que 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 modificar la nómina del respectivo ente territorial o de sus entidades descentralizadas, 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

En cuanto al concepto de "Nómina" considera ésta Delegada de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la nómina está compuesta tanto por el salario como por quien lo recibe. Por lo tanto, la modificación a la nómina conlleva la modificación a cualquiera de los anteriores elementos. Por lo tanto, modificar un cargo para dividirlo en dos, no sólo modifica el salario sino también las personas que lo devengan.

Así las cosas, bajo la vigencia de la Ley de Garantías a los entes territoriales les está prohibido la modificación a la nómina, es decir, la modificación del salario (cantidad) como de quien lo devenga (trabajador).

² Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=n%C3%B3mina>



Teniendo en cuenta que en la hipótesis planteada por el peticionario la vacancia del cargo se da en razón de una renuncia irrevocable, situación contemplada como excepción a la prohibición del inciso 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, en vigencia de la Ley 996 de 2005 es posible suplir el cargo pero en las mismas condiciones que tenía quien renunció, es decir, igual cargo e igual salario.

Ahora bien, debido a que el peticionario en la consulta señala la figura de la “*necesidad del servicio*”, ésta Procuraduría Delegada considera necesario hacer referencia al tema teniendo en cuenta la siguiente jurisprudencia:

La Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005 al estudiar el párrafo del artículo 38 sostiene:

« Por tanto se declarará exequible el inciso tercero del párrafo del artículo 38.

Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

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 el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos». (Subrayado de la Delegada).

En el párrafo subrayado anteriormente la Corte Constitucional hace referencia a la necesidad del servicio que nace cuando hay una falta definitiva de muerte o renuncia, o cuando se trate de cargos de carrera administrativa.

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto de Rad. 2191 relacionado con el artículo 32 (no el párrafo del artículo 38 de la Ley 995 de 2005) en el que señala que “*no está prohibida la provisión de los cargos en caso de renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración*”



pública”, hace referencia las excepciones que ya están contempladas en el inciso 4 del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Para finalizar, es importante tener en cuenta que la Procuraduría General de la Nación profirió en abril de 2015 la Circular No. 5 relacionada con las prohibiciones de la Ley de Garantías, y que dicha Circular se puso en conocimiento de todos los diferentes Entes Territoriales con el fin de que tuvieran el tiempo necesario de planear y prever todas las situaciones laborales y contractuales que pudieran estar prohibidas con la Ley de Garantías. Además, la Ley de Garantías es de conocimiento público y es de obligatorio cumplimiento para las Entidades Públicas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el concejo debió prever todos los hechos planteados en la consulta de tal manera que pudiera adelantar las situaciones administrativas previamente a la entrada en vigencia de la Ley 996 de 2005.

En los términos anteriores y de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se responde la consulta impetrada haciendo claridad que la respuesta no compromete la responsabilidad de la entidad, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,

JUAN CLIMACO JIMENEZ CASTRO

Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado
Miembro de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales

JC/JC/MARP

