


| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

CONCEJO DE BOGOTÁ 21-07-2015 11:43:18

A Contestar Cite Este Nr.:2015IE9601 0 1 Fol:1 Anex:0

ORIGEN: MESA DIRECTIVA GIBRALDO OSORIO JUAN BAUTISTA

DESTINO: DIRECCION ADMINISTRATIVA/MELENDEZ DIAZ CESAR AJGU

ASUNTO: CONCEPTO ALCALCE JURIDICO PARAGRAFO ARTICULO 38 LE

OBS: --

CONCEPTO

PARA: Honorables concejales, Directores Administrativo y Financiero

DE: Dirección Jurídica

ASUNTO: Alcance jurídico inciso final Parágrafo del Artículo, 38 Ley 996 de 2005

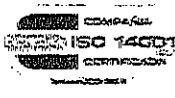
Por medio del presente escrito, y en atención a las funciones establecidas a esta Dirección en la Resolución 1294 de 2012, me permito emitir concepto, respecto a la solicitud verbal realizada por la honorable concejala NELLY PATRICIA MOSQUERA MURCIA, Presidenta de la Corporación, de la siguiente manera:

1. SITUACIÓN PLANTEADA

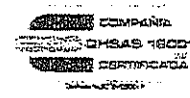
Estando en vigencia las restricciones de la Ley de Garantías Electorales, la Dirección Administrativa del Concejo de Bogotá, remite a la Mesa Directiva para su firma, sendos proyectos de resolución de nombramiento ordinario de funcionarios de las Unidades de Apoyo Normativo de Concejales, unos sin ser el origen de la vacancia la renuncia irrevocable, otros sin corresponder al mismo empleo el vacante y el de proveer.


2. NORMATIVIDAD APLICABLE

- ✓ Constitución Política de Colombia. Acto Legislativo 02 de 2002 Artículo 4º, modificó el inciso primero del artículo 312 de la Constitución Política, con el siguiente texto: *"En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años..."* Acto Legislativo 03 de 2007, modificó el inciso 1º del artículo 323 de la Constitución Política, estableciendo que: *"El Concejo Distrital se compondrá de cuarenta y cinco (45) concejales"*.
- ✓ Decreto Ley 1421 de 1993 – Estatuto Orgánico de Bogotá D. C. Artículo 8. El Concejo de Bogotá, Distrito Capital, tiene atribuciones de carácter normativo, también vigila y controla la gestión que cumplen las autoridades distritales.
- ✓ Ley 617 de 2000 "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional". Artículo 78.- Unidades de apoyo. Las asambleas y concejos podrán contar con unidades de apoyo



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

normativo, siempre que se observen los límites de gastos a que se refieren los Artículos 8°, 10, 11, 54 y 55.

- ✓ Ley 909 de 2004 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública. Artículo 3° Campo de aplicación de la presente ley: (...) Literal d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.
- ✓ Decreto 1950 de 1973 Por el cual se reglamentan los Decretos - Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.

Artículo 22°.- Para efecto de su provisión se considera que un empleo está vacante definitivamente:


1. Por renuncia regularmente aceptada.
2. Por declaratoria de insubsistencia.
3. Por destitución.
4. Por revocatoria del nombramiento.
5. Por invalidez absoluta del empleado que lo desempeña.
6. Por retiro del servicio civil con pensión de jubilación o de vejez.
7. Por traslado o ascenso.
8. Por declaratoria de nulidad del nombramiento.
9. Por mandato de la ley.
10. Por declaratoria de vacante en los casos de abandono del cargo, y
11. Por muerte del empleado.

Artículo 105. - El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce: Por declaración de insubsistencia del nombramiento, por renuncia regularmente aceptada, por supresión del empleo, por invalidez absoluta, por edad, por retiro con derecho a pensión de jubilación, por destitución, por abandono del cargo, por revocatoria del nombramiento, y por muerte.

Artículo 110°.- Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

Artículo 112° (...) La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Artículo 114°.- La competencia para aceptar renunciaciones corresponde a la autoridad nominadora.

| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

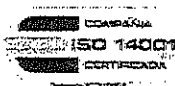
- ✓ Acuerdo 492 de 2012 Modifica la Estructura Organizacional del Concejo de Bogotá, D.C., se crean dependencias, se les asignan funciones y se modifica la Planta de Personal y la escala salarial.

Artículo 5º (...). PARÁGRAFO. La Planta de personal de cada Unidad de Apoyo Normativo, será conformada por postulación que haga cada Concejal ante la Mesa Directiva de la Corporación, dentro de la denominación de cargos, códigos y grados salariales que le permite la tabla incorporada en el presente Acuerdo, sin que la sumatoria de las asignaciones básicas mensuales superen el valor de 48 S.M.L.M.V.; este valor se actualizará automáticamente cada año de acuerdo con el incremento salarial. (...)

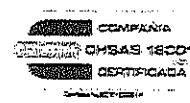
Artículo 13º.- FUNCIONARIOS DE MANEJO Y CONFIANZA: En virtud de lo establecido en el artículo 3 literal d) de la Ley 909 de 2004, los funcionarios que ejerzan empleos en las Unidades de Apoyo Normativo del Concejo, se exceptúan de la aplicación de las normas incluidas en dicha ley.


Artículo 14º.- UNIDADES DE APOYO NORMATIVO: Para fijar las asignaciones de los servidores de las Unidades de Apoyo Normativo, los Concejales se sujetarán a la siguiente tabla:

| DENOMINACIÓN | CODIGO | GRADO SALARIAL | ASIGNACION |
|---------------------------|--------|----------------|------------|
| ASESOR | 105 | 06 | 5.185.082 |
| ASESOR | 105 | 05 | 4.628.610 |
| ASESOR | 105 | 04 | 3.432.181 |
| ASESOR | 105 | 03 | 2.791.802 |
| ASESOR | 105 | 01 | 2.565.919 |
| AUXILIAR ADMINISTRATIVO | 407 | 10 | 2.000.635 |
| PROFESIONAL UNIVERSITARIO | 219 | 01 | 2.107.772 |
| SECRETARIO EJECUTIVO | 425 | 08 | 1.754.946 |
| CONDUCTOR | 480 | 07 | 1.658.293 |
| AUXILIAR ADMINISTRATIVO | 407 | 06 | 1.623.879 |
| AUXILIAR ADMINISTRATIVO | 407 | 02 | 1.306.169 |
| SECRETARIO EJECUTIVO | 425 | 02 | 1.306.169 |



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, ordenó la expedición de una ley de garantías electorales, tendiente a asegurar la igualdad de candidatos y la transparencia de las elecciones, adicionando así el artículo 152 de la Constitución Política con un literal f) para incluir dicha regulación con carácter estatutario, incluyendo los temas que la ley debía contener.

Artículo 122. *"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben..."*

Artículo 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan... los de libre nombramiento y remoción..."*

2.2 FUNDAMENTO LEGALES

Ley 996 de 2005 - Ley de Garantías Electorales

(...)

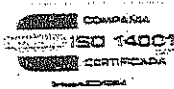
Parágrafo artículo 38.- *"...La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa..."*

2.3 FUNDAMENTOS REGLAMENTARIOS

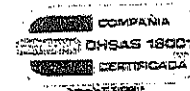
Acuerdo 348 de 2008 – Reglamento Interno del Concejo de Bogotá


Artículo 20.- FUNCIONES DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO DISTRITAL. La Mesa Directiva del Concejo Distrital ejercerá las siguientes funciones: (...) 2. Velar por el ordenado y eficaz funcionamiento del Concejo (...) 5. Nombrar y remover mediante resolución los empleados de la Corporación (...)

Artículo 11.- Estructura Orgánica Interna (...) 1.4. Unidades de Apoyo Normativo (UAN). Las Unidades de Apoyo Normativo (UAN) establecidas en el artículo tercero (3º) del Acuerdo 29 de 2001, estarán conformadas por un máximo de doce (12) funcionarios de libre



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

nombramiento y remoción. Mínimo el 50% de dichos servidores públicos, estarán dentro de la denominación, nivel, código y grado salarial de los cargos de Asesor y Profesional Universitario, previstos en el citado Acuerdo.

5

Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Concejo de Bogotá, D.C.- Artículo 2º de la Resolución 0514 de 2015, en sus páginas 185 a 207, establece los requisitos de formación académica y experiencia, así como las funciones específicas de las doce (12) denominaciones de cargos de las UAN.

3. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

I. Fallo expediente 0481-10, del 11 de noviembre de 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Demandado: INCODER. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

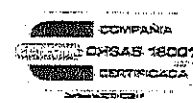
"En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, (Exp. 00420 del 18-10-2007), este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es 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,..."


(...) "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..." (...)

"...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..."



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

II. Concepto de la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, bajo referencia *"Limitaciones a la provisión de empleos en virtud de la Ley 996 de 2005"* Radicado 2011-206-009605-2, del 8 de septiembre de 2011.

Transcribe el siguiente aparte de la sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, atinente al control de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara – hoy ley de Garantías Electorales:

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia por renuncia 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.

Así mismo, cita el concepto 1839 del 26 de julio de 2007, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos, el cual respecto de la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de modificar la nómina de las entidades territoriales, señaló que:

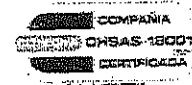
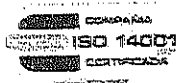
"II. Sujetos o destinatarios de las prohibiciones del artículo 38 de la ley 996 de 2005.


Desde una perspectiva subjetiva, es necesario distinguir entre las prohibiciones contenidas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° y las contenidas en el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

(...)

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

Concluye el citado concepto señalando que el caso consultado sobre una declaración de insubsistencia, *"no constituye una de las excepciones a la prohibición de modificar la nómina en aplicación de la ley de garantía, como son: a) La aplicación de la carrera administrativa, y b) Cuando en la nómina se produzcan vacantes por "muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada"*.



| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

III. Fallo de segunda instancia, del 6 de septiembre de 2012, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Radicación 161 – 4946 (IUS 2008 – 16584).

7

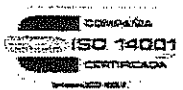
Normas infringidas: El artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, al haber efectuado modificaciones a la nómina de la Gobernación del Tolima, con un nombramiento en el cargo de Asesor código 105, grado 01, sin que mediara vacancia definitiva por muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada, dentro de lo cuatro (4) meses anteriores a la fecha de realización de las elecciones legislativas de 2006, es decir, sin el lleno de requisitos establecidos en el inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, *“configurándose así la desatención elemental y violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”*.

Se destacan los siguientes apartes de las consideraciones:

*“Si bien, como se ha sostenido, los cargos de libre nombramiento y remoción, pueden proveerse y declararse insubsistentes sin motivación alguna, el legislador goza de la libertad para limitar la facultad discrecional del nominador como ocurre con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Aquí una nota al pie dice: *“Aunado a ello, en el presente caso estamos hablando de una ley estatutaria la cual tiene un rango superior frente a las demás leyes en atención a los temas que regula considerados éstos como la espina dorsal de la Carta Política, de ahí la prioridad en su estudio”*”*


Cita la sentencia C-1153 de la Corte Constitucional, para afirmar que *“...la corte está haciendo referencia a la posibilidad de proveer un cargo por necesidades de servicio, en los eventos contemplados como excepcionales por la norma objeto de análisis constitucional, es decir, en caso de falta definitiva por muerte o renuncia, y de ninguna manera no como lo plantea el investigado, es decir, por la necesidad de *“conformar su equipo de gobierno acudiendo a designar los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en la ley”*, porque había sido nombrado para terminar el periodo legal de gobernador ya iniciado.*

Más adelante retoma este fallo para recordar que la Corte 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 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....”*



“EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ”



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

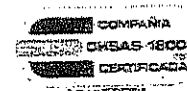
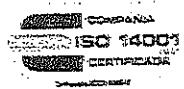
En cuanto a la aplicación de la ley de garantías, cita también al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, providencia del 26 de julio de 2007. Radicado 1.839, el cual señaló que: *“La ley estatutaria de garantías electorales está dividida en tres títulos que se desarrollan en 42 artículos. El título primero contiene normas generales que delimitan su objeto y definen algunos conceptos básicos. El título segundo desarrolla la temática propiamente dicha de la campaña presidencial y el título tercero, en el cual está ubicado el artículo 38, establece las disposiciones relacionadas con la facultad de intervención en política de los servidores públicos.”* (Resalto fuera del texto original), para afirmar que *“La prohibición de modificar la nómina, como una medida de contrarrestar la participación en política, busca evitar la utilización de la planta de personal de la entidad como un medio para la campaña electoral de manera que se comprometan los resultados electorales...”*.


(...)

Respecto a las elecciones, señala que: *“En cuanto a la modificación de la nómina se refiere, es de anotar que la nómina está conformada por los servidores que ocupan determinados cargos en la planta de personal de una entidad, luego para su modificación se requiere, entre otras, la vinculación y desvinculación del personal. La norma en mención consagra dos excepciones, primero que se trate de proveer cargos por faltas definitivas en eventos de muerte o de renuncia irrevocable debidamente aceptada, y segundo, en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa (...), agregando que en el caso específico “no existió la vacancia que la norma consagra...”, es decir, “...el nombramiento realizado no obedeció o no se produjo, en virtud de alguno de los mencionados eventos exceptuados y, en especial, en un momento en el que estaba en vigencia la prohibición de modificar la nómina territorial”* (subrayado fuera del texto)

Se menciona igualmente un fallo inhibitorio de la Fiscalía General de la Nación, por un movimiento de personal ocurrido antes de la ley de garantías y por consiguiente *“no susceptible de ser tipificada como prevaricato por acción”*.

Trae a colación igualmente un concepto 3042 del Consejo Nacional Electoral, quien cuando entró a regir la Ley 996 de 2005, señaló que: *“... dichas prohibiciones se aplican a todas las elecciones que se lleven a cabo para proveer los cargos y corporaciones de elección popular...”*, y referente a las excepciones establecidas en el inciso final relativas a la prohibición de modificación de la nómina de las entidades territoriales, dijo el máximo tribunal electoral: *“...cabe interpretar que, aunque textualmente se dice “provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, se refiere a todos los casos de faltas definitivas o absolutas, con el objeto de evitar el absurdo resultante de una interpretación exegética consistente en no poderse proveer un alto cargo de la administración - por tanto de libre nombramiento y remoción - cuando quien lo ocupaba debe ser desvinculado por destitución luego de concluido un proceso disciplinario,*



| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

condena de carácter penal o por haber cumplido la edad de retiro forzoso del servicio. En este sentido resultan pertinentes las consideraciones de la Corte al examinar el artículo 32 de la ley mediante el cual se adoptaron restricciones similares en materia de vinculación a la nómina de la Rama Ejecutiva del poder público y, por lo mismo, aplicables a las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas: (...)”^{xi}

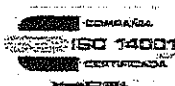
9

Con fundamento en lo anterior, el ente superior disciplinario afirma que: “...como la Ley 996 de 2005 es de naturaleza estatutaria, las restricciones y prohibiciones allí contenidas para las entidades, organismos, funcionarios públicos y particulares en los momentos cronológicos señalados en la misma ley, se aplican de preferencia y suspenden temporalmente las regulaciones que sobre los mismos temas o materias afines contienen otras disposiciones de carácter legal o reglamentario...” y complementa respecto a las prohibiciones de los artículos 32, 33 y parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que: “...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 parágrafo 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 parágrafo del artículo 38. (Resalta la Sala Disciplinaria)... (...)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;...”

Referente al argumento del disciplinado de haber obrado con la convicción errada de que su conducta no era contraria a derecho, “no se encuentra acreditado que el referido error haya sido invencible...”, precisando en cuanto a la culpabilidad, “...no tuvo el cuidado necesario al momento de modificar la nómina solamente en los eventos exceptuados que se han mencionado a lo largo de esta providencia, y que bien había podido hacer las consultas pertinentes sobre la aplicación de restricciones en periodo pre-electoral...”


IV. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 2191y 2191 adición del 3 de diciembre de 2013. Absuelve consulta del Ministro de Justicia y del Derecho, sobre la Ley 996 de 2005. Estatutaria de Garantías Electorales.

Alude al estudio de constitucionalidad de la ley estatutaria de garantías electorales, en la sentencia C-1153 de 2005, según la cual, esta reforma constitucional afecta múltiples instituciones, entre ellas el régimen disciplinario y sancionatorio, porque “los servidores públicos deben andar por una senda limítrofe entre el desarrollo de sus funciones y el ejercicio de sus derecho a participación en política...” y que por ello, “la evaluación de las



“EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ”



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

normas se haría mediante un ejercicio de ponderación de las garantías del acceso igualitario a los recursos sin perder de vista la necesidad de que la función administrativa continúe su curso normal,... Llama la atención acerca de que *"cualquiera de las hipótesis referidas debe ser interpretada con sujeción al texto, pero en consideración al contexto de la Ley de Garantías..."*.

10

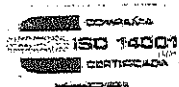
Continúa señalando el Consejo de Estado bajo el título *"El uso indebido de la gestión administrativa"* y el literal a) Restricciones en materia de vinculación a la nómina estatal, los elementos de la restricción prevista en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías, que: *(i) Los límites temporales de la restricción: 4 meses anteriores a la elección, ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición: Todas las autoridades nominadoras, incluidas las de entidades territoriales, iii) El objeto de la prohibición: se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, lo cual se refiere a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En concreto 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, iv) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación: eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, donde no se tiene en cuenta la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.*

Bajo el mismo desarrollo se refiere al artículo 33 de restricciones en materia de contratación y al artículo 38 sobre prohibiciones generales para todos los servidores públicos, donde muestra la coincidencia con el concepto *"indebida participación en política"*, a la luz del inciso cuarto del artículo constitucional 127 y el artículo 110 ib.

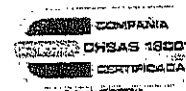
Al responder los interrogantes, la sala afirma que: *"Ahora bien, la propia Constitución., al tiempo que protege los derechos políticos de los servidores del Estado, en tanto personas y ciudadanos, restringe el disfrute de algunos de ellos. Dichas restricciones obedecen a razones de interés general y varían según el grupo de servidores de que se trate (...)"*


V. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: ALVARO NAMEN VARGAS, el 1º de abril de 2014, bajo el radicado 11001-03-06-000-2014-00074-00 absuelve consulta del Ministro de Justicia y del Derecho, sobre las restricciones en materia de vinculación en la nómina estatal durante la campaña presidencial.

En cuanto a los antecedentes, el análisis de la Sala asevera que *"...las prohibiciones y restricciones del artículo 38 párrafo rigen para las entidades territoriales"*, aclarando que tanto esta como el artículo 32 ib. consagran una prohibición en materia de modificación o vinculación a la nómina estatal, pero este último para el periodo de elecciones presidenciales y el primero para todos los procesos de elección popular.



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



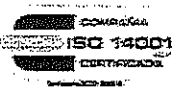
| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |


Respecto de las provisiones de empleos vacantes y las restricciones del artículo 32 ib., se observa que la norma: Determinó la finalidad de la restricción, fijó el alcance de las excepciones a la restricción, le dio una connotación especial al término “afecte”, salvaguardó de la restricción tres (3) situaciones bajo la expresión “tales como”, que indicaría enumeración a modo de ejemplo, ligándolas bajo condición a “ser indispensables para el buen funcionamiento de la Administración pública”.

Dedica espacio a explicar este criterio de “indispensable”, así: “... 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 (evitar que la voluntad de los electores se vea influenciada por la acción u omisión de servidores públicos, para favorecer una campaña electoral) y los fines confiados a la misma (Artículo Constitucional 209, Artículo 3º de la Ley 489 de 1998 y Artículo 3º de la Ley 1437 de 2011), 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 (las situaciones de necesidad del servicio para la provisión del cargo deben ser ciertas y verificables, lo cual conlleva a la obligación de motivar debidamente el acto administrativo de nombramiento)...”

Además se destacan como elementos: Los límites temporales de la restricción (4 meses), los sujetos destinatarios de la prohibición (la del artículo 32 son todas las autoridades nominadoras incluidas las territoriales y las del parágrafo del artículo 38 expresamente para estas, entendiendo que la Administración pública es una sola y se integra por todas las entidades de naturaleza pública que de manera permanente ejercen una función administrativa y que incluye sin distinción cargos con funciones en los niveles Directivo, Asesor, Profesional, Técnico o Asistencial)ⁱⁱⁱ, las excepciones del artículo 33 para las entidades que podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro; el objeto de la prohibición que se circunscribe a la “imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos”.

En relación con las restricciones en materia de modificaciones a la nómina de los entes territoriales en periodos preelectorales, en virtud del Artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005, el concepto retoma la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2007, transcribiendo el siguiente aparte: “... se 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, ... 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, ...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”.



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

Con la misma metodología, presenta como elementos de análisis: La finalidad de la restricción (*impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos*), el alcance de la excepción (*necesidad del servicio*), las salvaguardas de la restricción (*2 casos de faltas definitivas: Muerte o renuncia irrevocable aceptada y la aplicación de las normas de carrera*).

De igual manera insiste en: Los límites temporales de la restricción (*4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular*), los sujetos destinatarios de la prohibición (*entidades territoriales*), las excepciones aplicables a la restricción (*son 2 causales legales de retiro del servicio que llevan a vacancia definitiva del empleo*) y el objeto de la prohibición (con la expresión *"Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal"*).

Finaliza el recuento de los antecedentes, señalando que: *"...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"*.


Al dar respuesta a los interrogantes, se encuentra la siguiente aclaración:

Respecto al tiempo de generación de la vacancia, señala que *"...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..."* (Subrayado fuera del texto)

4. FUNDAMENTO DOCTRINALES

Según lo observado en los fundamentos normativos y jurisprudenciales anteriores, la Ley de Garantías Electorales es una ley estatutaria y una ley de contenido prohibitivo. Esto impone tener claridad conceptual sobre el tipo de ley y la regla de hermenéutica jurídica a utilizar.

Lo primero obliga entender que en Colombia, las leyes según su contenido y su jerarquización constitucional, se dividen en: orgánicas, estatutarias, marco, de facultades, de convocatoria a referendo, aprobatorias y ordinarias. Las estatutarias las establece taxativamente el artículo 152 de la Constitución Política, son de una categoría superior a las demás clases de leyes y tienen un trámite especial para su expedición por la importancia jurídica, principalmente instituidas para la regulación y protección de los derechos, siendo un tema las funciones electorales, y son revisadas por la Corte Constitucional, organismo que ejerce sobre estas leyes un control previo de constitucionalidad.

| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

La misma Procuraduría General de la Nación afirma en el fallo ya citado, que una directiva *“no reemplaza en nada la normatividad contenida en la Ley 996 de 2005, de estricto cumplimiento a partir de su promulgación, el 24 de noviembre de 2005...no son las directivas o instrucciones impartidas por este organismo de control quienes determinan la vigencia de una u otra disposición, sino la misma ley quien consagra para estos casos específicos el inicio de la restricción comentada”*.

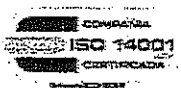
En cuanto a la interpretación, una de las reglas de hermenéutica jurídica enseña que «cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu», además el intérprete debe considerar que «en la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición». En materias que no sean penales, deben interpretarse restrictivamente para efectos de no extender una excepción más allá de los límites indicados en ella, o para no reducirla hasta el punto de sustraer de su imperio casos que deben quedar comprendidos en su ámbito.

En esta materia, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 2166 del 24 de julio de 2013. Consejero Ponente Alvaro Námern Vargas, señaló: (...) *“Así, en esta materia cobra importancia la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual [lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación] y de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas prohibitivas.”*^{iv}

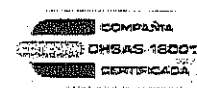
La parte citada de este concepto en uno siguiente de la misma Corporación, alude a: *“... las prohibiciones en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, su vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral”*.


De igual manera, por cuanto la ley de garantías electorales se refiere a la *nómina* y a la *provisión de cargos*, es preciso tener claridad conceptual al respecto.

El vocablo “nómina” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (última versión octubre 2014)^v, se refiere a lista de nombres de personas y haberes, siendo estos la cantidad que se devenga periódicamente en retribución de servicios personales. Esta definición llevada al campo contable en las entidades públicas, permite afirmar que la nómina está conformada por tres partes, a saber: El devengado o ingreso que al mes obtiene cada empleado de la entidad, las deducciones o descuentos autorizados por el mismo trabajador,



“EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ”



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

por ley o autoridad judicial competente, y las apropiaciones o provisiones de la entidad para pagar al sistema de seguridad social, parafiscales y prestaciones sociales.

Por su parte, la definición de cargo, desde la fuente legal - Artículo 1º de la Ley 190 de 1995, se refiere a: *"Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público..."*

Entonces, el Decreto 1042 de 1978 en su Artículo 2º consagra la noción de empleo, así: *"Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública"* y el Artículo 19 de la Ley 909 de 2004 señala: *"...Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado..."*

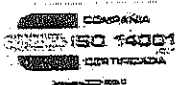
Para cerrar este ítem, es pertinente citar el Acuerdo 575 de 2015 *"Por el cual se expide el presupuesto anual de rentas e ingresos y de gastos e inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015..."*, donde consta que para el Concejo de Bogotá el rubro 3-1 Gastos de Funcionamiento tiene asignados \$55.158.327.000=; y en el Decreto 603 de 2014 de liquidación se lee: *"3.1.1.01 SERVICIOS PERSONALES ASOCIADOS A LA NÓMINA. Apropiación destinada al pago de los sueldos y demás factores salariales legalmente establecidos que le corresponden al personal de planta..."*, que para el Concejo de Bogotá, D.C. corresponde a una sola nómina, la cual incluye tanto la planta global administrativa, como la de los funcionarios de las Unidades de Apoyo Normativo de los honorables concejales.

5. CONSIDERACIONES

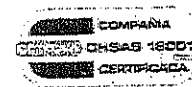
El problema jurídico enfrenta dos principios de la función administrativa, la moralidad y la eficacia de la Administración. Así mismo, pone en conflicto, el desarrollo de funciones legales del nominador y el derecho a participar en política de todos los funcionarios.


Con los fundamentos recopilados de los pronunciamientos de autoridades tales como, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Consejo de Estado en sus salas Contencioso Administrativa y de Consulta y Servicio Civil, la Procuraduría General de la Nación, es posible encontrar elementos para un juicio razonable.

Por cuanto la Ley 996 de 2005, es de estirpe estatutaria y de carácter prohibitivo, es decir, ocupa un lugar superior en la jerarquía normativa colombiana y su interpretación es restrictiva, se explica que la ley de garantías electorales pueda limitar la facultad discrecional del nominador dada por ley ordinaria y que al garantizar los derechos políticos de los funcionarios, por el interés general pueda restringirlos en unos casos específicos y para un tipo de funcionarios.



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

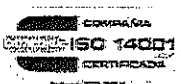
Es así como las prohibiciones del parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se aplican de manera directa y expresa a los funcionarios del nivel territorial y una razón es, porque se trata de funcionarios autorizados para participar en política, los cuales podrían utilizar la planta de personal para influenciar el voto ciudadano a favor de una campaña. Téngase en cuenta que el Concejo de Bogotá, D.C., es una Corporación Administrativa de elección popular y que este periodo de restricción es para elecciones a Gobernaciones, Alcaldías, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales o Distritales, y Ediles de las Juntas Administradoras Locales.

Por su parte, los funcionarios de las Unidades de Apoyo Normativo - UAN ejercen empleo público, son de libre nombramiento y remoción, pero su naturaleza jurídica es sui generis y por ello, existen regulaciones especiales tales como, la Ley 617 de 2000, Ley 909 de 2004, Acuerdo 492 de 2012 y Acuerdo 348 de 2008, en cuanto a su postulación como requisito previo para el ingreso, la opción de cargos es específica, hacen parte de un presupuesto determinado que limita su número y su nivel administrativo. Por consiguiente, la renuncia irrevocable en un cargo y el nombramiento en otro cargo, implica no solo movimiento de personal, sino modificación de la nómina del Concejo de Bogotá D.C., que bajo el rubro gastos de personal incluye tanto a los funcionarios de la planta global, como a los nombrados en las UAN.

En cuanto al texto materia de consulta, se deduce que la regla general es la imposibilidad de creación y provisión de cargos. La expresión "*la nómina... no se podrá modificar*", significa no incorporar ni desvincular persona alguna. No obstante, la misma norma a renglón seguido incluye las expresiones "*salvo*" y "*con ocasión*", lo cual implica unas excepciones legales con la justificación de necesidad del servicio, para realizar nombramientos que obedezcan o se produzcan en virtud de "*muerte o renuncia irrevocable*", porque son once (11) las causales legales de vacancia definitiva y la ley de garantías contempla como excepción solo dos (2) de ellas, las causales 1º y 11 del Decreto 1950 de 1973. El Consejo de Estado las llama "*salvaguardas de la restricción*" y luego las denomina "*excepciones aplicables a la restricción*". Con una interpretación restrictiva de la norma, solo es posible nombrar una persona en reemplazo de otra en el mismo cargo, a la cual se le ha aceptado renuncia irrevocable.


Con lo hasta aquí señalado, no sería una razón legal, tal como lo expresó la Procuraduría General de la Nación, el nombramiento de funcionarios en la UAN en periodo de ley de garantías, argumentando la conformación de un equipo de trabajo de confianza.

Respecto al tiempo de generación de la vacancia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que "*...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...*"⁴¹ y esto aclara que si la vacancia se produjo antes de la aplicación de la ley de



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

garantías, puede hacerse el nombramiento estando en vigencia la citada ley estatutaria, pero bajo la condición de darse las causales allí previstas.

Para finalizar, en cuanto a una consideración ya transcrita del Consejo Nacional Electoral, referente a las prohibiciones de los artículos 32 y 33 y del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, donde cita la viabilidad de provisión de vacantes *por destitución como sanción disciplinaria, condena de carácter penal o cumplimiento de la edad de retiro forzoso del servicio*; esta Dirección ratifica que el carácter de ley estatutaria y su contenido prohibitivo, imponen una interpretación restrictiva y la autoridad electoral está incluyendo tres (3) casos adicionales a los previstos en la norma, como son: La renuncia irrevocable aceptada, la muerte y el procedimiento de carrera administrativa. Ahora bien, una cosa es el retiro del servicio por esas causales que origina una vacancia absoluta de los empleos, y otra muy distinta es suplir esas vacancias en época preelectoral.

No obstante lo señalado, en todo evento, deberá tenerse en cuenta que la decisión a tomar involucra el campo de aplicación disciplinaria y/o penal, cuya responsabilidad será ponderada por el tema de la culpabilidad.

6. CONCLUSIONES

La Ley 996 de 2005 es norma estatutaria y por ello puede limitar el ejercicio de unos derechos y al ser norma de orden público, las salvedades establecidas son de carácter taxativo, no enunciativo, por lo tanto su interpretación es restrictiva.

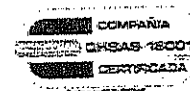
Por tal razón, en periodo preelectoral según los términos de la Ley de Garantías Electorales, está prohibida la modificación de las nóminas en los entes territoriales, salvo cuando se busque llenar una vacancia definitiva por renuncia irrevocable debidamente aceptada, por muerte del funcionario o en aplicación de la normatividad de carrera administrativa.


Además, como la Ley Estatutaria de Garantías es de estricto cumplimiento, su inobservancia constituye violación al régimen de deberes, derechos, prohibiciones e inhabilidades del servidor público, a la luz de lo previsto en la Ley 734 de 2002 – Código Único Disciplinario.

Sin embargo, al presentarse unos casos especiales de vacancia absoluta en las Unidades de Apoyo Normativo - UAN de los honorables concejales, estando bajo la restricción de la Ley 996 de 2005, la facultad de interpretación corresponderá a las autoridades competentes, cuyos conceptos tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares. En la materia que nos ocupa, el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Nacional Electoral, a quienes se les remite copia del presente estudio y de la Circular emitida con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, para su consideración, análisis y pronunciamiento correspondientes.



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"

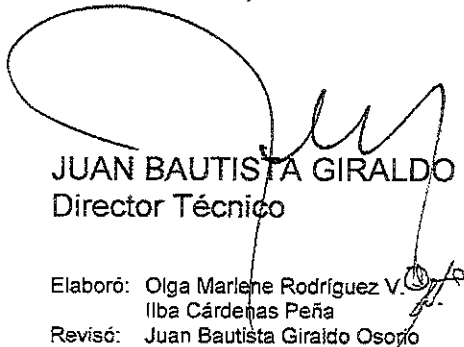


| | | |
|--|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

Este concepto se emite bajo el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", en el sentido de no ser obligatorio, ni vinculante.

17

Cordialmente,



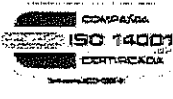
JUAN BAUTISTA GIRALDO OSORIO
 Director Técnico

Elaboró: Olga Marlene Rodríguez V.
 Ilba Cárdeñas Peña
 Revisó: Juan Bautista Giraldo Osorio

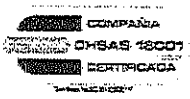
NOTAS AL PIE DE PÁGINA:


- i Funcionarios de libre nombramiento y remoción de las Unidades de Apoyo Normativo de los honorables Concejales de Bogotá D.C., retirados del servicio:
 - a. Por reconocimiento de pensión de invalidez por el Fondo de Pensiones
 - b. Por sentencia judicial de levantamiento del fuero sindical que lo impedía
 - c. Por declaración de insubsistencia de los funcionarios postulados por el anterior concejal, previa solicitud del nuevo concejal posesionado para el resto del periodo
 - d. Por renuncia irrevocable a un cargo de Asesor 105-06 y solicitud de nombramiento en su lugar, de dos (2) funcionarios en cargos de Auxiliar Administrativo o viceversa.
- ii Consejo Nacional Electoral, radicado 3042 de 2005. Magistrado Ponente Antonio José Lizarazo Ocampo. Peticionario: Carlos Arturo Betancur Castaño Presidente Federación Colombiana de Municipios. Asunto: Alcance de los incisos primero y cuarto del Parágrafo Único del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Se afirma que la norma en cuestión tiene por campo material de aplicación "la totalidad de los procesos de elección popular" y trae a colación la sentencia C-1153 de 2005, de la Corte Constitucional, que dice: "...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..."

En el numeral 1.6 a la pregunta del consultante acerca del tipo de elecciones a las que se refieren el inciso primero y cuarto del artículo 38 de la ley 996 de 1995, el ente superior electoral responde que a la totalidad de las elecciones y agrega: "En relación con las excepciones establecidas en el inciso final, relativo a la prohibición de modificación de la nómina de las entidades territoriales y de sus entidades descentralizadas dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, cabe interpretar que, aunque textualmente se dice "provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada", se refiere a todos los casos de faltas definitivas o absolutas, con el objeto de evitar el absurdo resultante de una interpretación exegética consistente en no poderse proveer un alto cargo de la administración -por tanto de libre nombramiento y remoción- cuando quien lo ocupaba debe ser desvinculado por destitución luego de concluido un proceso disciplinario, condena de carácter penal o por haber cumplido la edad de retiro forzoso del servicio. En este sentido resultan pertinentes las consideraciones de la Corte al examinar el artículo 32 de la ley mediante el cual se adoptaron restricciones similares en materia de vinculación a la nómina de la Rama Ejecutiva del poder público y, por lo mismo, aplicables a las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas..." (Subrayado fuera del texto)



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"



| | | |
|---|--------------------------|----------------------|
|  CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. | PROCESO GESTIÓN JURÍDICA | CÓDIGO: GJ-PR001-FO1 |
| | CONCEPTO (JURÍDICO) | VERSIÓN: 00 |
| | | FECHA: 11 SEP. 2013 |

iii 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...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".

iv... en la aplicación de normas prohibitivas, el interprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona, y por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación – así fuera justificada – a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador (...)"

v www.rae.es/

vi Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2014-00074-00 del 01/04/2014

FUENTES CONSULTADAS:

2. NORMATIVIDAD APLICABLE

- Constitución Política – Actos Legislativos 02 de 2002 modificó artículo 312 y 03 de 2007 modificó artículo 323
- Decreto Ley 1421 de 1993
- Ley 617 de 2000
- Ley 909 de 2004
- Decreto 1950 de 1973
- Acuerdo 492 de 2012

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

- Acto Legislativo 02 de 2004 que modifica el artículo 152
- Artículos 122 y 125

2.2. FUNDAMENTOS LEGALES

- Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005. Parágrafo artículo 38

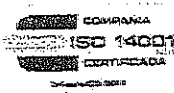
2.3.FUNDAMENTOS REGLAMENTARIOS

- Acuerdo 348 de 2008

Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Concejo de Bogotá

3. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

- i. Fallo expediente 0481-10, del 11 de noviembre de 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Demandado: INCODER. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
- ii. Concepto de la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, bajo referencia "Limitaciones a la provisión de empleos en virtud de la Ley 996 de 2005" Radicado 2011-206-009605-2, del 8 de septiembre de 2011.
- iii. Fallo de segunda instancia, del 6 de septiembre de 2012, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Radicación 161 – 4946 (IUS 2008 – 16584).
- IV. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 2191y 2191 adición del 3 de diciembre de 2013. Absuelve consulta del Ministro de Justicia y del Derecho, sobre la Ley 996 de 2005. Estatutaria de Garantías Electorales.
- V. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: ALVARO NAMEN VARGAS, el 1º de abril de 2014, bajo el radicado 11001-03-06-000-2014-00074-00 absuelve consulta del Ministro de Justicia y del Derecho, sobre las restricciones en materia de vinculación en la nómina estatal durante la campaña presidencial.



"EL CONCEJO VIVE Y SIENTE A BOGOTÁ"

