



Función Pública

Concepto 306721 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000306721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000306721

Fecha: 19/09/2019 10:44:07 a.m.

Bogotá D.C.

Ref: EMPLEO. Ley de Garantías Electorales. Cumplimiento a decisiones judiciales que ordenan el reintegro de empleados en vigencia de la Ley de Garantías Electorales. RAD: 20192060294842 de fecha: 22 de agosto de 2019.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta sobre la posibilidad de crear un cargo dentro de la planta de personal para dar cumplimiento a una orden judicial, en vigencia de la Ley de Garantías Electorales, me permito señalar lo siguiente:

Con respecto al cumplimiento de las decisiones judiciales que ordenan el reintegro de empleado, le informo que el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

«ART. 189.- Efectos de la sentencia. (...)

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias, y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.» (Subrayado Nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición, es claro que las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto radicado con el No. 1302, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, de fecha 12 de 2000, señaló sobre el acatamiento a las decisiones judiciales lo siguiente:

«La Sala se ha pronunciado sobre el particular, destacando que si bien las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, cuando se ordena el reintegro a un cargo debe efectuarse dentro de unos márgenes de equivalencia entre el que se desempeñaba al momento del retiro y aquél en el cual pueda hacerse efectivo. De manera que el reintegro debe cumplirse en la misma entidad, con equivalente ubicación y funciones similares a las desempeñadas por el trabajador al momento de la supresión del cargo, para que no resulte desmejorado en sus condiciones laborales.» (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia, la entidad tiene la obligación de dar cumplimiento a la sentencia judicial, pues el mismo, tiene origen en el restablecimiento del derecho de un ex servidor decretado por la autoridad judicial competente.

Sobre el reintegro por decisión judicial se considera que la Administración deberá proceder al reintegro del empleado en el mismo empleo o en otro equivalente, o de superior categoría que se encuentre vacante; en las mismas condiciones y con los mismos derechos y condiciones laborales en que se encontraba al momento en que fue retirado del servicio, atendiendo los términos de la respectiva providencia judicial.

Es importante tener en cuenta que en el caso de reintegros sin solución de continuidad, lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales.

Frente a la ley de garantías, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, señaló lo siguiente:

«ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

PARÁGRAFO. (...)

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 fuera de texto)

El inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra dos excepciones a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular: 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.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

«c. ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal

El artículo 32 indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

Acto seguido se señala que para proveer el personal supernumerario requerido por la organización electoral la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación en forma objetiva por medio de concursos públicos.

Por último, en el parágrafo transitorio se indica que el DANE adoptará un proceso de selección y vinculación de forma objetiva a través de concursos públicos de méritos para vincular el personal supernumerario que se requiera durante la realización del censo poblacional.

En primer lugar, la Corte evidencia que el párrafo transitorio es violatorio del principio de unidad de materia. En efecto, la competencia de contratación que tenga el DANE para realizar un censo poblacional no tiene relación con las garantías electorales ni en caso de presentarse candidatura del presidente ni en caso de que ésta no se presente, ni con la posibilidad de participación en política de los funcionarios públicos, temas desarrollados por este proyecto de ley. En nada trasciende el censo poblacional en la igualdad de oportunidades en la campaña presidencial, el acceso a los medios de financiación de las campañas electorales y la participación en política de los funcionarios públicos.

Si bien el artículo 176 de la Constitución señala que “La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales... Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil” el hecho de que el número de curules en la Cámara pueda aumentar al incrementarse el número de habitantes de cada circunscripción territorial, si bien guarda relación con aspectos electorales, no lo hace con aquellos aspectos electorales desarrollados por este proyecto de Ley.

En cuanto al párrafo, la Sala estima que éste puede permanecer en el ordenamiento jurídico puesto que en

tanto mayor sea la capacidad de la Registraduría Nacional para adelantar su labor electoral tanto mayor serán los mejores presupuestos para unas elecciones en adecuadas condiciones. No obstante, al exequibilidad se declarará bajo el entendido de que tal proceso objetivo de vinculación de personal se puede dar únicamente si la Registraduría adopta un procedimiento ágil y eficaz para la Selección del personal supernumerario.

Por tanto, la Corte declarará inexecutable el párrafo transitorio del artículo 32 del proyecto de ley en estudio y declarará la exequibilidad condicionada del párrafo, en los términos señalados.

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

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

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

(...)

“...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 fuera de texto)

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.

A su vez, el Consejo de Estado mediante concepto número [1839](#) de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto a la prohibición contenida en el Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades territoriales, señaló:

«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.

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

(...)

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

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

- 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.»

De conformidad con las normas y jurisprudencia citadas, la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos; por consiguiente 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.

Para el caso consultado de un reintegro ordenado por sentencia judicial en vigencia de la ley de garantías electorales, se considera que no se está ante un nuevo nombramiento o una incorporación, sino ante el cumplimiento de un fallo judicial proferido por autoridad competente, que es de obligatorio cumplimiento para todas las partes una vez ejecutoriado. Es decir, el reintegro ordenado por fallo judicial no es un movimiento de personal con el cual se pretenda favorecer a un candidato en los comicios electorales, sino el resultado de una sentencia judicial, cuyo cumplimiento debe darse en los términos fijados en ella, en armonía con las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, en criterio de esta Dirección Jurídica es procedente acatar la orden judicial de reintegro en el cargo que venía desempeñando el demandante, y, también será procedente el retiro del servidor vinculado en la modalidad provisional en el cargo en el cual se va a reintegrar, para lo cual deberá darse por terminado el nombramiento mediante resolución motivada en vigencia de la Ley de Garantías Electorales, o en su defecto, crear el cargo dentro de la planta de personal, a fin de cumplir con el mandato judicial.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. La Ley 909 de 2004 señala: “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada; “(…)”

m) Por muerte; “(…)”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:04