



Concepto 159921 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000159921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000159921

Fecha: 28/04/2022 05:35:03 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de Garantías Electorales. Cumplimiento a decisiones judiciales que ordenan el reintegro de empleados en vigencia de la Ley de Garantías Electorales. Radicado: 20222060160702 del 11 de abril de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Hay lugar a la creación de un empleo de carrera administrativa, en una Alcaldía Municipal, en cumplimiento de una orden judicial, durante las restricciones para modificar la nómina en razón del actual período electoral de la elección a presidencia, vicepresidencia y congreso, con arreglo a lo indicado en la ley 996 de 2005?
2. ¿Es posible retirar del servicio a un funcionario en provisionalidad durante las restricciones en la nómina en razón del actual período electoral?
3. ¿Es posible retirar del servicio a un funcionario provisional para dar cumplimiento a una orden judicial de reintegro de un exfuncionario de carrera administrativa?
4. ¿En caso de que sea posible retirar a un funcionario en provisionalidad para dar cumplimiento a la orden judicial de reintegro de la exfuncionaria pública, cuáles son los criterios y/o presupuestos a observar por parte de esta entidad, para definir qué servidor público sea desvinculado de la totalidad de los nombrados en provisionalidad, y llevar a cabo el nombramiento en esa vacante a la ex servidora pública? Lo anterior teniendo en cuenta que en el cargo para el cual se debe vincular o nombrar a la accionante, en este mismo nivel que son cargos de la misma jerarquía existen 8 personas ocupando este cargo con nombramiento en provisionalidad.
5. ¿Para dar cumplimiento a la orden judicial de reintegrar a la exfuncionaria, resulta necesario crear un cargo dentro de la planta global de la Alcaldía, toda vez que en la misma no hay vacantes a la fecha?
6. ¿Para la creación de un empleo de carrera administrativa en la planta de la Alcaldía es necesario adelantar un proceso administrativo originado por necesidades del servicio o en razones de modernización?
7. ¿Es posible crear un empleo de carrera administrativa en la planta de la Alcaldía Municipal en cumplimiento de orden judicial sin que se lleva a cabo un proceso administrativo originado por necesidades del servicio o en razones de modernización?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

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

ARTÍCULO. 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)

Como se aprecia, el cumplimiento de una sentencia judicial es una orden perentoria que toda entidad pública debe acatar.

Sobre el particular, 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:

«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)

Atendiendo los términos de la respectiva providencia judicial, la Administración, en cumplimiento de un fallo judicial, deberá proceder al reintegro del empleado en el mismo empleo o en otro equivalente, o de superior categoría que se encuentre vacante, garantizando las mismas condiciones y los mismos derechos en que se encontraba al momento en que fue retirado del servicio.

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.

Sobre el cumplimiento de fallos judiciales en época de aplicación de la Ley de Garantías, el Consejo de Estado mediante concepto número 1863 del 15 de noviembre de 2007, con ponencia del Consejero Fernando Álvarez Jaramillo, señaló:

“III. OBLIGATORIEDAD, CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

El concepto de sentencia, junto con los de jurisdicción y acción, constituyen los pilares básicos de la administración de justicia encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas.³

En este orden de ideas, la función jurisdiccional autónoma e independiente que ejercen las corporaciones y las personas dotadas de investidura legal para impartir justicia, se concreta en las sentencias que ponen fin a las controversias sometidas a su conocimiento, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada y deben ser observadas, respetadas y acatadas por los particulares y la administración, en forma voluntaria o coercitiva, a través de los mecanismos legales previstos para lograr la efectividad de los derechos en ellas reconocidos.

En concordancia con la teoría general, el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo prevé que "las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y para la administración" y no están sujetas a "recursos distintos" a los establecidos en dicho estatuto, de manera que una vez cobren ejecutoria se producen sus efectos.

Respecto de las acciones populares, a las cuales se refiere el Ministro en su Consulta, el artículo 34 de la ley 472 de 1998, establece que el juez en las sentencias proferidas como resultado de dichas acciones puede exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, emitir órdenes de hacer o de no hacer y condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo.

Acto seguido, el mismo artículo prevé que el juez debe definir "de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante"⁴ y señalar el plazo "prudencial de acuerdo con el alcance de sus determinaciones", dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia hasta terminar su ejecución.

Adicionalmente, la ley autoriza al juez la conformación de comités de verificación del cumplimiento de las sentencias y en el artículo 41 ibídem regula la figura del desacato para quien incumpla la "orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares".

En tratándose de la acción de tutela, también el artículo 27 del decreto 2591 de 1991 dispone que los fallos de tutela deben cumplirse "sin demora", so pena que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y se abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél y de las sanciones por desacato. En este caso, al igual que en las acciones populares, el juez mantiene la competencia hasta garantizar que el derecho está "completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza".

En estos términos, resulta claro, que las sentencias ejecutoriadas que se dicten tanto en los procesos contenciosos administrativos, como en las acciones constitucionales para proteger un interés colectivo o un derecho fundamental, son órdenes o mandatos que emite el juez dentro de la potestad constitucional y legal de administrar justicia. De ahí que su cumplimiento no depende del ánimo o de la voluntad de la administración pública o de los servidores públicos, pues éstos no tienen la potestad de acogerlas o no, ni de evaluar si su cumplimiento se posterga en el tiempo.

El Código Contencioso Administrativo y las normas que regulan el procedimiento en las acciones constitucionales citadas, por el contrario, señalan expresamente que las sentencias ejecutoriadas son obligatorias, no están sujetas a recursos distintos a los en ellas consignados y su cumplimiento es inexcusable e impostergable, máxime cuando en dichos fallos se proteja un derecho fundamental o colectivo.

IV (SIC). CUMPLIMIENTO DE FALLOS JUDICIALES DURANTE LA ETAPA PREELECTORAL A LAS ELECCIONES A CARGOS DE ELECCION POPULAR

En el caso concreto, considera la Sala que los servidores públicos del nivel nacional o territorial que en cumplimiento de una sentencia judicial o de una providencia proferida en una acción popular o de tutela, deban contratar, ejecutar obras, efectuar gastos e incluso hacer algún reintegro de personal durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para cargos de elección popular general o de Presidente, según el caso, no violan la ley de garantías electorales, por las razones de orden constitucional y legal que se explican a continuación.

Con fundamento en la autonomía del poder judicial derivada de la separación de poderes y del derecho al acceso a la administración de justicia que tienen todos los ciudadanos, las decisiones de los jueces, como ya se expuso en el acápite anterior, son de obligatorio cumplimiento para la administración y los particulares en los términos y condiciones previstos en cada providencia.

Los actos de ejecución que la administración deba expedir o realizar para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en las providencias judiciales, se fundamentan en decisiones desprovistas per se de intereses proselitistas, pues los funcionarios investidos de jurisdicción, al impartir justicia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley (artículo 230 C.P.) , de manera que sus fallos no son fruto de las presiones propias de épocas de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005.

Por tanto, el derecho de acceso y de obtener una pronta y cumplida administración de justicia , que se concreta cuando se cumple lo ordenado en las respectivas sentencias, hacen que no sea necesario que el legislador hubiese incluido el cumplimiento de fallos judiciales como parte de las excepciones a los regímenes prohibitivos contenido en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38, todos ellos de la ley 996 de 2005, ya que la fuerza vinculante de la sentencias emana directamente de estructura del Estado y de la autonomía conferida al poder judicial.

Entonces, si bien es cierto, que entre las excepciones a las prohibiciones contenidas en las normas antes citadas de la ley de garantías electorales, el legislador no contempló los actos necesarios para la debida ejecución de una providencia judicial, también lo es que la finalidad de la ley de garantías electorales no riñe con el deber Constitucional y legal que tienen los servidores públicos de cumplir lo ordenado por la autoridad judicial en sus providencias.

En este orden de ideas, si para cumplir un fallo judicial dictado en un proceso contencioso administrativo o en desarrollo de una acción

constitucional, por ejemplo una acción popular, se requiere que dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para Presidente de la República un ente estatal suscriba de manera directa algún contrato público o se presente una vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva; la autoridad administrativa competente debe actuar de conformidad con la decisión judicial, sin que en estricto derecho pueda afirmarse que por ello está violando la ley de garantías electorales.

De igual manera, si dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para cargos de elección popular, y para cumplir un fallo judicial dictado, por ejemplo en una acción popular; una autoridad territorial debe celebrar un convenio interadministrativo o debe reintegrar algún servidor público, dicho servidor público territorial debe actuar en los precisos términos definidos por el juez, tal como lo ordena el artículo 34 de la ley 472 de 1998, sin que por ello se pueda afirmar que está violando o desconociendo los postulados de la ley 996 de 2005.

Es tan cierto que el cumplimiento y ejecución de sentencias no suponen un incumplimiento de las exigencias de la ley de garantías, que por ejemplo en materia de reintegros, vale la pena adicionalmente señalar que la jurisprudencia de esta Corporación, con acierto ha considerado que dicha orden no es un "nombramiento, es simplemente la ejecución de la decisión judicial que al anular el acto de desvinculación declara la ficción jurídica de que el actor jamás estuvo por fuera del servicio"⁵.

En conclusión, los actos de ejecución de una providencia judicial no vulneran los intereses jurídicamente tutelados en la ley de garantías electorales, ni se oponen al cumplimiento de su finalidad." (Se subraya).

De conformidad con las normas y pronunciamiento citados, 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. Sin embargo, el cumplimiento de un fallo judicial no depende del ánimo o de la voluntad de la administración pública o de los servidores públicos, pues éstos no tienen la potestad de acogerlas o no, ni de evaluar si su cumplimiento se posterga en el tiempo.

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.

Adicionalmente, los fallos se fundamentan en decisiones desprovistas de intereses proselitistas, pues los funcionarios investidos de jurisdicción, al impartir justicia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, de manera que sus pronunciamientos no son fruto de las presiones propias de épocas de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005.

Para efectos de adoptar la decisión sobre la desvinculación de un empleado con nombramiento provisional, se considera pertinente citar el orden de prelación para la designación de un empleado, que si bien no es de obligatoria aplicación para el caso consultado, permite contar con herramientas adicionales para dar cumplimiento al fallo que ordena el reintegro. Así, el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, dispone que la provisión definitiva de los empleos de carrera se realizará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.
5. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- a) Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
- b) Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- c) Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- d) Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. Las medidas administrativas que se adopte en cumplimiento de un fallo judicial, en época de aplicación de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, no constituyen una violación de la misma por cuanto, como lo indica el concepto del Consejo de Estado, la administración se encuentra en la obligación de acatarlo y la decisión que adoptó el juez no obedece a intereses proselitistas y sus pronunciamientos no son fruto de las presiones propias de épocas de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la citada Ley.

2. De acuerdo con lo anterior, la administración deberá valorar la situación respecto al cumplimiento del fallo de reintegro y evaluar qué situación es más favorable respecto a la administración misma y la de otros empleados que se vean afectados por el cumplimiento de la sentencia.

Atendiendo a los principios constitucionales de estado de derecho y de protección que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos y servidores públicos, deberá la administración escoger la opción más favorable. Si, finalmente, del estudio que realice de la situación, la entidad estima que la única opción para acatar el fallo es retirar del servicio a un funcionario con nombramiento provisionalidad, procederá en esta forma sin que ello constituya transgresión a la Ley de Garantías ni a las normas de administración de personal.

3. En caso que la administración deba desvincular a un empleado con nombramiento provisional, podrá acoger los criterios contenidos en la norma para la provisión de empleos, con el objeto de analizar la situación individual de cada empleado y obtener en lo posible el menor de los daños.

4. La administración podrá crear un cargo para dar cumplimiento a la orden judicial de reintegrar a la exfuncionaria, de acuerdo con lo ordenado en el fallo. El fundamento para su creación deberá estar fundado en el fallo judicial. De lo contrario, estaría incurriendo en las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

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: 2024-12-11 18:56:58