



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1985 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de 2010.-

Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00006-00

Número interno: 1985

Referencia: FUNCIÓN PÚBLICA. LEY 996 DE 2005. PROHIBICIONES TEMPORALES PARA PROVISIÓN DE CARGOS PÚBLICOS.

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, manifiesta que a solicitud del señor Ministro de Hacienda adiciona la consulta radicada con el número arriba señalado, en relación con las vacancias definitivas de cargos nuevos que deben ser provistos por primera vez, en aquellos casos en los que se ha creado una entidad pública y es necesario ponerla en funcionamiento dado el interés público del servicio para el cual fue creada.

En tal sentido menciona que el caso concreto a considerar corresponde a las nuevas entidades denominadas Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

Manifiesta que la Unidad Administrativa Especial precitada fue creada por la ley 1151 de 2007, y se organizó a través del decreto 5021 de diciembre 28 de 2009, adoptándose su planta de personal mediante decreto 5022 de la misma fecha. El objeto de la entidad es reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando, y efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas

En cuanto a Colpensiones indica que tuvo su origen en artículo el 155 de la ley 1151 de 2007; su estructura fue aprobada mediante decreto 4488 de noviembre 18 de 2009 y su planta de personal mediante decreto 4489 de la misma fecha. Su objeto es la administración estatal del régimen solidario de prima media con prestación definida en los términos previstos en la Ley 1151 de 2007, como también de las prestaciones especiales que las normas legales le asignen, incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos en los términos que señale la Constitución y la ley.

Aduce que las entidades nombradas se crearon para afrontar situaciones de crisis en la administración del sistema general de pensiones y son organismos técnicos con objetos directamente relacionados con el interés público, pues se trata de reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas del sistema, por lo cual es urgente que entren muy pronto en funcionamiento.

De conformidad con lo expuesto, concluye de la siguiente manera: "...En ninguno de los dos casos se estarían generando vacantes, pues se trata de nombrar por primera vez a sus funcionarios, luego creemos que puede aplicarse la filosofía de la restricción según lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, respecto a 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, es decir, cuando la vacante se produce por causa ajena a la voluntad de Estado, y es indispensable proveerla para el buen funcionamiento de la Administración pública".

En consecuencia, formula a la Sala la siguiente pregunta:

¿En vigencia de la restricción dispuesta por la ley 996 de 2005, a la vinculación a la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, pueden hacerse nombramientos para proveer vacancias definitivas en entidades recién creadas y cuyos cargos deban proveerse por primera vez?

Para responder la Sala CONSIDERA:

1. Aclaración inicial.

El 12 de enero de 2010, el Departamento Administrativo de la Función Pública elevó a la Sala una consulta la cual quedó radicada bajo el número 1985. Dicha consulta fue resuelta por la Sala el pasado 4 de febrero y enviada mediante oficio 079 del 9 de febrero de 2010 a la Directora de ese Departamento Administrativo.

La consulta ahora formulada se presenta como una adición a la citada en precedencia pero a pesar de que la ley a interpretar es la misma, la 996 de 2005 en especial sus artículos 32 y 33, el supuesto de hecho planteado en la pregunta difiere de la anterior, en la medida en que el problema jurídico que en esta oportunidad debe resolver la Sala consiste en determinar si para la provisión de nuevos cargos en entidades del orden nacional que recientemente se organizaron, resultan aplicables las disposiciones citadas.

Así las cosas, la Sala reiterará la doctrina expuesta en el Concepto 1985 del 4 de febrero de 2010, relativo a la interpretación de los artículos 32 y 33 de la ley 995 y lo aplicará al caso concreto que ahora se consulta.

2. La ley 996 de 2005.

La ley 996 de 2005, mejor conocida como la *ley de garantías electorales*, fue expedida en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, que reformó el artículo 197 de la Constitución Política permitiendo la reelección, para el período inmediatamente siguiente, del Presidente y del Vicepresidente de la República en ejercicio, y adicionó el artículo 152 superior para incluir como materia de regulación por ley estatutaria "la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley".¹

El mismo Acto Legislativo 02 de 2004 dispuso que la ley estatutaria además de desarrollarlo, debería regular las "garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República."

Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello, procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales; que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República²; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”. Veamos:

Las disposiciones relativas al debate electoral para la Presidencia de la República:

Bajo el Título I, “Disposiciones generales”, el artículo 1º define el objeto de la ley 996 de 2005:

“ARTÍCULO 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición.”

Los artículos 2º y 3º se refieren a la “campaña presidencial” como el conjunto de actividades de promoción política y propaganda electoral de la propuesta de gobierno o proyecto político de los candidatos; su duración corresponde a los cuatro meses anteriores a la fecha de los comicios mas el tiempo que demande la segunda vuelta si la hay.

El artículo 4º se denomina “legislación especial” y ordena que cuando el Presidente o el Vicepresidente de la República “manifiesten su interés de participar en la campaña presidencial o se inscriban como candidatos a la elección presidencial, estarán sujetos a las condiciones que para estos efectos consagra la Constitución Política y la presente ley de manera explícita para ellos, en razón a su doble condición de funcionarios públicos y candidatos.”

El Título II de la ley 996 contiene la “Reglamentación Especial de la Campaña Presidencial”, en ocho capítulos, los cuales incluyen las normas aplicables a todas las campañas presidenciales y aquéllas de especial aplicación si participan como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio.

Los artículos 32 y 33, materia de la consulta, se ubican precisamente en el Capítulo VII denominado “Regulaciones especiales durante la campaña presidencial”; ellos consagran la prohibición de afectar las nóminas de la Rama Ejecutiva y las excepciones a esa misma prohibición; su texto dice:

Ley 996 de 2005, artículo 32:

“Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

“Parágrafo. ...”

El inciso segundo del artículo 33, al cual remite el artículo 32 transcrito, estatuye:

“Restricciones a la contratación pública. ...”

“Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.”

Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la Rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan las vacantes.

2. El caso concreto.

Mediante la ley 1151 de 2007³, se crearon las entidades denominadas Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - (art. 155) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- (art. 156), con la siguiente naturaleza y objeto:

2.1. COLPENSIONES:

Empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, y los que establezcan las leyes que lo desarrollen.

Colpensiones es una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, con domicilio en Bogotá, D.C., su patrimonio estará conformado por los ingresos que genere en desarrollo de su objeto social y por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título perciba. Tendrá una Junta Directiva que ejercerá las funciones que le señalen los estatutos. La Administración de la empresa estará a cargo de un Presidente, nombrado por la Junta Directiva.

2.2. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP -

La UGPP es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La Unidad tendrá sede en Bogotá, D.C., y su patrimonio estará constituido por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título reciba. La UGPP tendrá un Director de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. (Art. 156, ley 1151).

De conformidad con el citado artículo 156, la UGPP tiene a su cargo:

i) “El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003”;

ii) “Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administradores de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos”.

Como puede apreciarse COLPENSIONES y la UGPP, son entidades creadas por ley, del orden nacional, la primera, empresa industrial y comercial del Estado y, la segunda, Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, lo que significa que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con el artículo 38 de la ley 489 de 1998.

Igualmente puede establecerse que el objeto y funciones de tales personas jurídicas no corresponde a las actividades y eventos exceptuados en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, por lo que debe afirmarse que a ellas resulta plenamente aplicable la prohibición prevista en el artículo 32 ibídem, consistente en realizar “*cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal*”, durante el término allí estipulado.

En el aparte transcrito textualmente de la consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se aboga por la aplicación de la “filosofía” de la restricción prevista en la sentencia C- 1153 de 2003. En esa oportunidad literalmente dijo la Corte al revisar la constitucionalidad del artículo 32 de la ley 996:

“...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”. (Resalta la Sala).

Nótese cómo, en el caso concreto de Colpensiones y la UGPP, lo que evidentemente se busca es proveer los nuevos cargos creados por los decretos 4489 y 5022 de 2009, respectivamente, circunstancia que precisamente proscribe el artículo 32 de la ley 996 y que es reconocida por la Corte Constitucional en el aparte transcrito.

Es claro que la provisión de cargos nuevos en entidades recientemente organizadas no puede significar que se esté supliendo una “*vacancia definitiva*”, comoquiera que ese concepto parte del supuesto, desde el punto de vista lógico y normativo, que un servidor público estuvo ocupando el cargo que se encuentra vacante.

En efecto, el artículo 41 de la ley 909 relativo a las “causales de retiro del servicio”, señala que “el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos”, listado en donde como es lógico no se incluyen los cargos nuevos de entidades recientemente organizadas, por la simple razón de que nadie ha “desempeñado” dichos empleos.

Ahora, a pesar de que en la consulta se expone que son entidades “recién creadas”, lo cierto es que fue mediante ley 1151 de 2007, la cual entró en vigencia el 25 de julio de ese año, que se creó tanto Colpensiones como la UGPP, y que sólo se organizaron con la expedición de 4488 de noviembre de 2009 y 5021 de diciembre 28 de 2009, es decir casi dos años y medio después de su creación.

La urgencia de que tales entidades, como se indica en la consulta, “*entren muy pronto en funcionamiento*”, debió evaluarse en su momento, considerando que la ley 996 de 2005 es anterior a la 1151 de 2007 y que a la fecha de expedirse los decretos de organización en noviembre y diciembre de 2009, era absolutamente previsible que estaban vigentes los instrumentos jurídicos que garantizan las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos que participan en los procesos electorales para cargos de elección popular que constitucionalmente están programados para el año 2010.

Es más, en el caso de Colpensiones, la señalada “*urgencia*” parece no coincidir con el régimen de transición que se establece en el artículo 36 del decreto 4488 de 2009, a saber:

“ARTÍCULO 36° *TRANSICIÓN*. El proceso de transición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, podrá efectuarse de manera gradual y escalonada, en procura de la adecuada prestación del servicio público esencial, con criterios que consideren, entre otros, las necesidades técnicas, financieras y operativas de la administradora, las áreas geográficas, el estado de la información y la evaluación gradual de activos y contratos que necesite para su operación.

Los mismos criterios podrán aplicarse al traslado de los afiliados y pensionados que correspondan a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, considerando además grupos etarios y el estado de los archivos de las historias laborales y pensionales.

Durante la transición y hasta tanto empiece a recibir cotizaciones de los afiliados las actuales administradoras de pensiones podrán transferir recursos de capital provenientes de sus activos para los gastos de Colpensiones.

Las actividades que requieran un proceso de estabilización se acogerán a los plazos previstos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.

Sin mayores elucubraciones puede afirmarse que la organización y puesta en funcionamiento de la nueva entidad, no ha sido considerada por la misma norma que señaló su estructura y funciones como un asunto “*urgente*”, sino como un proceso “*gradual y escalonado*” que debe atender cuidadosamente todas las variables que exige el complejo desarrollo de su objeto previsto en la ley.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

¿En vigencia de la restricción dispuesta por la ley 996 de 2005, a la vinculación a la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, pueden hacerse nombramientos para proveer vacancias definitivas en entidades recién creadas y cuyos cargos deban proveerse por primera vez?

En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse “*vacancias definitivas*” que puedan ser provistas.

Transcríbase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

PRESIDENTE DE LA SALA

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

CONSEJERO

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

CONSEJERO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Acto legislativo 02 de 2004 (diciembre 27), "por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones." D. O. 45774, Dic.27 de 2004. "Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo periodo presidencial." // "Art. 4º. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional....".

2 Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-1153-05, páginas 163 y s.s. "3.1. Concepto y desarrollo de una Ley de Garantías electorales".

3 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006 - 2010". Publicada en el Diario Oficial 46.700 de julio 25 de 2007.

Fecha y hora de creación: 2024-09-27 18:43:41