



SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 17-07-2015 04:22:36

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. SECRETARIA DE HACIENDA

Contestar Cite Este Nr.:2015E16823 O1 Fol:2 Anex:0
ORIGEN: Sd:375 - DIRECCION JURIDICA/VARGAS BERNAL ELDA FRAN
DESTINO: DIRECCION DE GESTION CORPORATIVA/ANGULO VILLAMIL
ASUNTO: CONCEPTO EXCEPCIONES A LA CONGELACION DE LA NOMI
OBS: GERADO JAIMES S.

Bogotá, D. C.

Doctora
ANA LUCIA ANGULO VILLAMIL
Directora de Gestión Corporativa
Secretaria Distrital de Hacienda
Ciudad

CONCEPTO

Tema	Excepciones a la congelación de la nómina de las entidades públicas en ley de garantías
Descriptor	Ley de garantías, congelación de la nómina, renuncia irrevocable, nombramiento en ley de garantías
Problema jurídico	¿Se viola la prohibición de modificar la nómina de la entidad durante los cuatro meses anteriores a la fecha de las elecciones territoriales, cuando se efectúa un nombramiento para cubrir una vacante derivada de la renuncia irrevocable de un servidor público, debidamente aceptada antes del inicio del período de restricciones por Ley de Garantías?
Fuentes formales	Ley 996 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia C-1153 de 2005; CNE, concepto 3042 de 2005

ANTECEDENTES

Un funcionario de libre nombramiento y remoción presenta renuncia irrevocable a su cargo y ésta le es debidamente aceptada, todo ello antes del 25 de junio del presente año, fecha de inicio de las restricciones a las modificaciones de la nómina aplicables en virtud el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En consecuencia, surge la inquietud sobre la viabilidad de proveer el cargo estando ya dentro de los cuatro meses anteriores a la fecha de las elecciones, toda vez que la vacancia definitiva se produjo por fuera de este período y, en principio, parecería no ajustarse a la excepción consagrada en la norma referida.

SUSTENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL:

La Ley 996 de 2005, en su Título III "Participación en Política de los Servidores Públicos", fija algunas prohibiciones especiales para los servidores públicos del nivel territorial, aplicables durante el período preelectoral de elecciones territoriales, así:

"ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. (...)

*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

Sede Administrativa: Carrera 30 N° 25-90 - Código Postal 111311
Dirección de Impuestos de Bogotá:
Avenida Calle 17 N° 65B-95 - Código Postal 111811
Teléfono (571) 338 5000 • Línea 195
contactenos@shd.gov.co
• NIT: 900 000 961 0



BOGOTÁ
HUMANA

gls



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”.

Sobre esta norma la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 de 2005, en la cual se realiza el control de constitucionalidad al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”, expresó:

“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”.

Siguiendo la pauta jurisprudencial señalada, el Consejo Nacional Electoral, en concepto de radicado 3042 de 2005, manifestó:

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:

*“(…) 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***

Sede Administrativa: Carrera 30 N° 25-90 - Código Postal 111311
Dirección de Impuestos de Bogotá:
Avenida Calle 17 N° 65B-95 - Código Postal 111611
Teléfono (571) 338 5000 • Línea 195
contactenos@shd.gov.co
• NIT 900 050 064 0



BOGOTÁ
HUMANANA



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública".

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, al absolver una consulta de Ministerio de Justicia y del Derecho, referente al alcance de la prohibición de hacer vinculaciones a la nómina estatal durante el período de vigencia de las restricciones de ley de garantías, manifestó:

"5. Para finalizar acota [el Ministro] que en la práctica los nominadores se han abstenido de proveer los empleos cuando las vacantes corresponden a cargos de niveles distintos al directivo de las Entidades Públicas de la Rama Ejecutiva, bajo el entendido de que son aquellos los que resultan indispensables para garantizar la buena marcha de la administración. Afirma que ocurre lo mismo frente a la situación de empleos cuya vacancia se generó con anterioridad a la entrada en vigencia de las restricciones y que no fueron provistos antes de su inicio.

Con base en lo anterior se PREGUNTA:

1. ¿La prohibición de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal se refiere exclusivamente a la creación de nuevos cargos y la provisión de los mismos o, se extiende a la provisión de cualquier empleo vacante en la planta de personal de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público por las causales previstas en la Ley, generada antes o después del inicio de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales?

(...)

Conforme a lo expuesto, la Sala RESPONDE:

Los artículos 32 y el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública". Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

Además, 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".

CONSIDERACIONES

Como se desprende de las citas anteriores, la prohibición de modificación de la nómina tiene como objetivo evitar que a través de la creación de cargos o de los movimientos de personal, se abra el camino de prácticas clientelistas y se influya en los procesos electorales. No obstante, se reconocen excepciones fundadas en la necesidad de la

¹ Concepto del 1 de abril de 2014, Consejero Ponente Alvaro Namen Vargas, radicado 11001-03-06-000-2014-00074-00.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

administración de seguir operando a pesar de las restricciones que implica la ley de garantías electorales.

Estas excepciones no tienen en la norma ninguna definición de plazos más allá de determinar el periodo durante el cual no se puede afectar la nómina, entiéndase incorporar o retirar servidores públicos, señalando que la excepción se produce entre otros, en los casos de renuncia irrevocable regularmente aceptada.

La renuncia irrevocable regularmente aceptada pone a la administración ante la situación de una vacante definitiva generada por hechos ajenos a la propia administración y crea la necesidad objetiva de proveer un cargo necesario para su buena marcha. Y esta necesidad, que es la que justifica la excepción fijada en la ley, es la misma dentro o fuera del periodo de ley de garantías, pues como lo señaló el Consejo de Estado en el concepto transcrito, no es relevante el momento de generación de la vacante sino la importancia del cargo para el funcionamiento de la administración.

Entonces, frente al caso de una renuncia irrevocable regularmente aceptada, aun cuando se produzca antes del inicio de las restricciones contempladas en la Ley 996 de 2005, el supuesto fáctico de la excepción se mantiene y se conserva su efecto en la medida que se ajusta a las previsiones que sobre la aplicación de la norma hizo la Corte Constitucional al considerar exequibles tales excepciones.

CONCEPTO:

De conformidad con lo dicho atrás, en concepto de esta Dirección, la Ley 996 de 2005 al establecer las excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones de funcionarios de elección popular del nivel territorial, no condicionó su aplicación a que la causa de la vacancia (muerte, renuncia irrevocable) se presente dentro del mismo periodo de cuatro meses, por lo cual ante una renuncia irrevocable presentada y aceptada antes del inicio de tal periodo, no existirá para la administración impedimento legal alguno para su provisión.

El presente concepto se emite en los términos y con el alcance de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1775 de 2015.

Cordial saludo,

Elda Francy Vargas Bernal
Directora Jurídica

Proyectó: Gerardo James Silva