



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de 2010

Radicación No. 1.985

11001-03-06-000-2010-00006-00

Referencia: Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para vinculaciones por vacancias definitivas en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva.

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, solicita el concepto de esta Sala sobre “la viabilidad de que en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005¹ y la Sentencia C-1153 de 2005, los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva, como resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez, puedan ser nuevamente provistos.”

La consulta se refiere a la suspensión de “cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”, ordenada en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, entendiéndose por tal, de acuerdo con la sentencia C-1153 de 2005, tanto la creación de nuevos empleos como la provisión de las vacantes, durante los cuatro meses anteriores a la elección de Presidente de la República, más el tiempo requerido para la segunda vuelta si ésta fuere necesaria.

¹ Ley 996 de 2005 (noviembre 24), “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.”

El artículo 32 de la ley 996 de 2005 remite al inciso segundo del artículo 33 de la misma ley para establecer como excepciones a su mandato, las necesidades relativas a la defensa y la seguridad del Estado, los contratos de crédito público, el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, la reconstrucción de la infraestructura vial, energética y de comunicaciones cuando haya sido objeto de atentados, acciones, terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y también los requerimientos de las entidades sanitarias y hospitalarias.

La consulta hace dos precisiones: la primera, en cuanto a que la ley 909 de 2004² establece como causales independientes de retiro del servicio activo, la renuncia regularmente aceptada y el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o de vejez (artículo 41, literales d y e, respectivamente); y la segunda, que el retiro sólo se hace efectivo con la inclusión del servidor en la nómina de pensionados, esto es, con el cumplimiento de las exigencias legales y jurisprudenciales para el retiro del servidor público por pensión.

Para responder la Sala CONSIDERA:

La inquietud planteada por la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública se formula en los siguientes términos:

“En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 y la Sentencia C-1153 de 2005, ¿es viable que los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva como resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez puedan ser nuevamente provistos?”

Pasa la Sala a revisar la ley 996 de 2005, con especial detenimiento en sus artículos 32, 33 y 38.

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

² Ley 909 de 2004 (septiembre 23), “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

por ley estatutaria “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.³

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 República⁴; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”. Veamos:

a) 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

³ 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 presentaran, 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...”.

⁴ Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-1153-05, páginas 163 y s.s. “3.1. Concepto y desarrollo de una Ley de Garantías electorales”.

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 más 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.

b) Otras reglas aplicables en las elecciones para los cargos de elección popular:

El Título III de la ley 996 de 2005 fija las reglas para la “participación en política de los servidores públicos”; en este título se ubica el artículo 38, que de manera taxativa enlista las prohibiciones en la materia para “los empleados del Estado”, es decir, para los “empleados públicos”, al tenor del artículo 123 constitucional.⁵

⁵ Constitución Política, Art. 123: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios/...”.

El párrafo del artículo 38 en mención adiciona unas prohibiciones dirigidas específicamente a “los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital”, que rigen durante “los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones”; su texto completo dice:

Ley 996 de 2005, Art. 38, Parágrafo:

“Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

“Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

“No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

“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.”

De acuerdo con las expresiones usadas por el legislador a lo largo del párrafo transcrito, las prohibiciones en él consagradas aplican a todas las elecciones a cargos de elección popular”, incluyendo las presidenciales.

Destaca la Sala el último inciso del párrafo transcrito, porque prohíbe a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos,

Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer vinculaciones a la nómina del respectivo organismo o entidad territorial.

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: 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 2004⁶.

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Sin embargo, como se analizó en el literal anterior, las campañas presidenciales se rigen por las disposiciones del Título II de la ley 996, entre ellas, los artículos 32 y 33 que están dirigidos a la “rama Ejecutiva del Poder Público” y, por ende, a las entidades territoriales y a sus autoridades.

En síntesis, la interpretación armónica de los artículos 32 y 33, inciso segundo, y el último inciso del párrafo del artículo 38, de la ley 996 de 2005, permite afirmar que la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez, no concede, por sí misma, la facultad de proveer la vacante definitiva que ella genera.

No sobra advertir que si durante la campaña presidencial, la causal en estudio deja vacante un empleo en las plantas de personal de las entidades y sectores administrativos y en las circunstancias que identifica el inciso segundo del artículo 33 de la ley 996, la autoridad nominadora, nacional o territorial, puede hacer el respectivo nombramiento.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 y la Sentencia C-1153 de 2005, ¿es viable que los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva como

⁶ Ley 909 de 2004, Art. 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; /.../”

resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez puedan ser nuevamente provistos?”

En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 con los condicionamientos de la Sentencia C-1153 de 2005, la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez por sí misma no permite llenar la vacante correspondiente, según se expuso.

Transcríbese 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

LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

Consejero

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

PERDOMO

Consejero

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA

Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS

Secretaria de la Sala