

CS 110.026.2006 443

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cita N.U.R: **210-1-31108**, 30/03/2006 07:15 AM
Trámite: 650 - QUEJA-RECLAMO O SUGERENCIA
I-31350 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 1, Anexos: LO ANUNCIADO
Origen: 210 AUDITORIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA DE LA GE
Destino: 110 OFICINA JURIDICA



MEMORANDO INTERNO

Bogotá, D. C
210-AD

447030/2003
ff

PARA: ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA.
Directora Oficina Jurídica.

DE: JAIME R. CUBILLOS PEÑA
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

ASUNTO: N.U.R 210-1-31108. Solicitud concepto declaratoria de
insubsistencia de funcionario a nivel municipal.

Respetada doctora Ana Lyda:

Atentamente remito por competencia, la consulta formulada por Fredy José Martínez Jiménez, relacionada con la viabilidad jurídica de declarar insubsistente a un funcionario y la consecuencia jurídica de la renuncia irrevocable en vigencia de la Ley 996 de 2005.

Lo anterior de conformidad con la función de conceptualización asignada a esa dependencia, en concordancia con el parágrafo 3o. del artículo 31 de la Resolución No. 001 de 2004.

Agradezco remitir a la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal, copia del concepto jurídico emitido con el fin de realizar el registro en el SIQ.

Cordial Saludo,

Abiel 27/2006
Beirico
ff

JAIME R. CUBILLOS PEÑA.
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.

Anexo: Un (1) folio.
mrgg

Cubillos P
20-1-04
11:20 am

Imprimir este comentario - Volver al Índice

El(la) Ciudadano(a):

①

fredy jose martinez jimenez

De:

colombia - cesar - AGUACHICA-CESAR

el día: 3/27/2006 4:42:29 PM Hizo el siguiente comentario:

¿ ES JURIDICAMENTE PERMITIDO DECLARAR INSUBSISTENTE A UN EMPLEADO PUBLICO PARA DESPEDIRO ENCONTRANDOSE EN VIGENCIA LA LEY 996 DE 2005? 2- ¿ QUE CONSECUENCIA JURIDICA CONLLEVA UNA RENUNCIA IRREVOCABLE Y QUE SE ENTIENDE POR ELLA? 3- ¿ ES JURIDICAMENTE PERMITIDO DESPEDI A UN FUNCIONARIO DE UNA ADMINISTRACIÓN ANTERIOR EN LOS CASOS DE PERIODOS ATIPICOS DEL NIVEL MUNICIPAL ENCONTRANDOSE EN VIGENCIA LA LEY DE GARANTIAS?

Información Adicional:

Id	50
Empresa	no aplica
Cargo	no aplica
Dirección	calle 9#15-09
Telefonos	3107852187 3107852187
Fax	no aplica
Correo	dyffe74@msn.com

Oficina de Planeación - Auditoría General de la República



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
 Al contestar este NUR: **210-1-31108** 28/04/2006 09:49 AM
 Trámite: 850 - QUEJA-RECLAMO O SUGERENCIA
 S-30943 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 15, Anexos: 10
 Origen: 110 OFICINA JURIDICA
 Destino: SR FREDY JOSE MARTINEZ JIMENEZ
 Correo: 210 AUDITORIA DELEGADA - ATENCION CIUDADANA

Bogotá D.C.

Señor
FREDY JOSE MARTINEZ JIMENEZ
 Calle 9 No. 15 - 09
 Aguachica
 Cesar
 Tel. Cel: 3107852187

Devolver Copia Firmada

1422 0400
 4-05-06

Martinez J.

Ref.: Respuesta Oficio NUR: 210-1-31108
Asunto: Solicitud concepto aplicación Ley 996 de 2005 de garantías electorales.

1.- LA CONSULTA

En su comunicación de fecha 30 de marzo de 2006, se ha solicitado a este Despacho "emitir concepto respecto de si es jurídicamente permitido declarar insubsistente a un empleado público en vigencia de la ley 996 del 2005, y que consecuencia jurídica conlleva una renuncia irrevocable y que se entiende por ella".

2. - FUNDAMENTOS

De manera atenta, se da respuesta a los interrogantes planteados en el escrito en referencia, no sin antes mencionar que los conceptos que expide esta oficina son de carácter general y abstracto. Sobre ellos en su orden, me permito efectuar el siguiente análisis:

2.1. Artículo 32 de la Ley 996 de 2005

En relación con el tema materia de consulta, en primer lugar es importante tener en consideración, los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, para efectos de

[Handwritten signature]
 14/5

determinar las prohibiciones en ellos contenidas, los funcionarios a quienes se les aplica y, el periodo que cobija.

Señala el artículo 32 de Ley 996:

"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. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

La restricción contenida en la norma transcrita, consiste en **suspender toda forma de vinculación que afecte la nómina estatal**, y recae **sobre la Rama del Poder Público**, salvo las excepciones establecidas en el inciso segundo del artículo 33 de la ley ibídem, que es del siguiente tenor literal:

"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." (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Se tiene entonces, que frente a la restricción que contempla la norma, de suspender la vinculación de personal de la nómina estatal, las excepciones contenidas en el citado inciso del artículo 2, es decir "para la defensa o seguridad del Estado, de emergencias educativas, sanitarias y desastres etc., permiten la vinculación del personal necesario por tratarse de actividades dirigidas a preservar, entre otros, la defensa del orden público y la seguridad del Estado, la salubridad etc.. En concepto de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, del 15 de diciembre de 2005, con número de Radicación: 1706, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, la Sala manifestó:

"Tales actividades interesan a la seguridad del Estado, ya que son esenciales para el transporte de personas y de mercancías del país, que debe ser continuamente prestado, de manera que si ocurre una paralización por cualquier causa, técnica o de falla humana, o incluso por algún acto terrorista, se altera la operación de una actividad fundamental para el país, con el

consiguiente perjuicio para los usuarios, la comunidad en general y por supuesto, las autoridades institucionales.

(...)

El transporte aéreo constituye un servicio público esencial y la seguridad aérea es un deber del Estado, el cual tiene que atender con la máxima diligencia, para lo cual requiere contar con los funcionarios calificados que la presten.

(...)

En conclusión, la creación de los cargos de Inspector de Seguridad Aérea en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, y su posterior provisión, por relacionarse con la incorporación de un personal necesario para la seguridad aérea, la cual constituye un aspecto de la seguridad del Estado, se encuentra dentro de la excepción mencionada por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, resulta viable la expedición del decreto de creación de dichos cargos en la plante de personal de la entidad." (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, con el fin de establecer los alcances de la definición "Rama Ejecutiva del Poder Público", como bien lo ha manifestado este Despacho en conceptos anteriores, es preciso traer a colación lo establecido en el artículo 28 del Código Civil, relacionado con la interpretación de la ley, que señala: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."

En aplicación de este principio, se debe tener en cuenta, que además de que la expresión "Rama Ejecutiva del Poder Público" es utilizada en derecho público, como un sinónimo de las entidades que conforman el Gobierno y están llamadas a hacer cumplir la ley, la Ley 489 de 1998 ha definido, en forma expresa, de qué manera se encuentra integrada y, la diferencia del concepto de administración pública, que tiene una connotación mucho más amplia. En efecto, establecen los artículos 38 y 39 de la Ley 489:

"Estructura y organización de la Administración Pública

Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- [b) La Vicepresidencia de la República;} Inexequible: C-727-00
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público."

Parágrafo 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2o. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley." (Resaltado y subrayado fuera del texto)

De las normas transcritas se colige, que la restricción establecida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, no aplica a los entes territoriales, por no hacer parte éstos, de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Artículo 38 de la Ley 996 de 2005

En relación con el artículo 38, se observa que dicha disposición está dirigida a los empleados del Estado y, las prohibiciones en ella contenida, señalan:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

"1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.

2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

De conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Carta Política, son servidores públicos *"los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*, definición que comprende no solo a los empleados públicos y trabajadores oficiales, sino igualmente incluye los miembros de las corporaciones de elección popular.

Por su parte el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996, establece:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

[. . .] **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. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

En la primera parte del párrafo del artículo 38 de la Ley 996, las restricciones establecidas están *dirigidas taxativamente, hacia los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas.*

Situación distinta se presenta respecto de lo previsto en el inciso final, del párrafo del artículo en comento, que prohíbe la modificación de la nómina del respectivo ente territorial, toda vez que este concepto comprende no sólo a las *entidades del nivel central y descentralizado del departamento, distrito o municipio, sino adicionalmente a sus respectivos organismos de control.*

En Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, la Corte Constitucional, 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. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Lo anterior significa, que en aplicación de lo dispuesto en el citado párrafo del artículo 38, dentro de los *cuatro meses anteriores a las elecciones de los cargos de elección popular*, la forma en que a esa fecha se encuentre integrada la nómina del respectivo ente territorial, no podrá ser modificada, con excepción de los supuestos previstos expresamente en la misma ley.

En lo atinente al periodo en que se aplican las restricciones contenidas en los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005, es claro se trata de los "cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial", *periodo preelectoral diferente* al dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la misma ley "cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular". Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, en concepto del 17 de febrero de 2006, Magistrado Ponente: Luis Fernando Alvarez Jaramillo, radicación No. 1.720, expresó:

"En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes, las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República–; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conductas diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32.

Del citado concepto se infiere igualmente, que *las excepciones* que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, *no pueden hacerse extensivas* a las prohibiciones del párrafo del artículo 38 de la ley en comento, entre otros, por tratarse de dos postulados de conductas diferentes.

2.3 De la Insubsistencia

Como ya se anotó, en virtud de lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, dentro de los *cuatro meses anteriores a las elecciones de los cargos de elección popular*, la forma en que a esa fecha se encuentre *integrada la nómina del respectivo ente territorial*, *no podrá ser modificada, salvo las excepciones* contempladas en la misma disposición.

El concepto de "nómina", se encuentra definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como *"Lista o catálogo de nombres de personas o cosas."* *"Relación nominal de los individuos en una oficina pública o particular que han de percibir sus haberes y justificar con su firma el haberlos recibido"*

Entendida la expresión de "nómina" en su tenor literal, a la luz de las definiciones transcritas, se colige que los retiros de cargos o los ingresos en las plantas de personal, que realicen las entidades territoriales, implican una modificación, y la "nómina" necesariamente se verá afectada, toda vez que los que hacen parte de la relación de nombres que la integran, ya no formaran parte de la misma.

Por su parte el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece:

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:*

a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

b) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*

c) *Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;*

Inexequible: C-501-05; C-502-05, C-541-05
Ver: Decreto 3543 de 2004

d) *Por renuncia regularmente aceptada;*

Exequible: C-501-05

"... en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral en que se le notif
ique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente."

- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Se tiene entonces, que en principio puede decirse que el retiro del servicio de quien esté desempeñando un cargo, por cualquiera de las causas que establece la ley, puede entenderse como una modificación de la nómina del ente territorial donde se produzca el mismo, a la luz de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 38, de la ley 996 de 2005; no obstante como se verá a continuación, la modificación que se haga de la nómina, no necesariamente implica una trasgresión a la norma en comento.

En primer lugar, tratándose de la declaratoria de insubsistencia de un funcionario del cargo en el cual se venía desempeñando, está visto que es de suma importancia tener en consideración, las causas que dieron lugar a su declaratoria, pues si se trata de la aplicación de las normas de carrera, dicha situación estaría enmarcada dentro de la excepción contenida en el parágrafo del artículo 38 de la citada ley.

Es así como, si la declaratoria de insubsistencia se produce como consecuencia del **"resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera"** (literal b) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004); o por **"revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen"** (literal j) del artículo 41 de la Ley ibídem), el nominador está en la obligación de proceder a dicha declaratoria, y por el contrario su conducta omisiva, le podría acarrear las sanciones de ley.

De igual manera puede decirse de otras situaciones, que aunque no dan lugar a la declaratoria de insubsistencia, el nominador debe proceder al retiro del funcionario, so pena de las sanciones de ley y, sin que por ello infrinja la ley de garantías, verbigracia: **"por destitución, como consecuencia de un proceso**

disciplinario' (literal h) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004); k) *por orden o decisión judicial* (literal k) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004).

En los eventos anteriormente citados, las razones por las cuales se produce el retiro, obedecen a situaciones en la que el nominador no tiene la potestad de decidir sobre el retiro, es decir, no es discrecional, y no depende de su voluntad, la permanencia o el retiro del empleado, sino que respecto de ellas, recae la obligación de dar cumplimiento a un precepto u orden de autoridad competente.

Lo anterior en ningún momento va en contravía de lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 que se analiza, pues como bien lo expresó la Corte Constitucional, lo que se busca con la restricción contenida en el mismo, es "garantizar que la nómina no se utilice como un medio de campaña electoral":

"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. (Corte Constitucional, Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005).

2.2. Renuncia Irrevocable:

Establece la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, y en el literal d), señala: **d) Por renuncia regularmente aceptada.**

La renuncia, entendida ésta, como una de las causales de retiro de los funcionarios que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, y de carrera administrativa, encuentra su sustento en el artículo 26 de la Constitución Política, al determinar éste, de manera categórica, la libertad que le asiste a cada persona para escoger profesión u oficio, en tanto aquella libertad conlleva la manifestación de voluntad para dejar un oficio y tomar otro.

Por su parte el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, establece lo siguiente:

"ARTICULO 27. *Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.*

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

(...). (Subraya y negrillas fuera del texto).

De la norma transcrita se desprende, en primera medida, que la renuncia, como causal de retiro de la administración, debe obedecer a un acto de libre determinación del empleado público, de su querer autónomo e independiente y, ajeno a cualquier tipo de presión o coacción de carácter externo, que a ello lo obligue.

La jurisprudencia administrativa ha considerado la voluntad, como elemento necesario de la renuncia, al entenderla como la facultad intrínseca que posee quien se encuentra vinculado con la administración y desea dimitir a su cargo. Es así como en Sentencia de abril 19 de 1979, el Consejo de Estado, pronunciarse sobre este tema, afirmó:

"Como se colige de lo expresado en los artículos 27 del decreto-Ley 2400 de 1968 y del 110 del Decreto Reglamentario 1950 1973, la renuncia de un empleo público ha de ser fruto de una manifestación emanada de la plena voluntad del renunciante. Solo así generará la totalidad de los efectos que ella trae consigo. De manera que como lo ha indicado esta corporación, cuando no existe la voluntad libre del agente para separarse del cargo que desempeña, pero sí ostensible propósito de la administración de forzar la renuncia mediante el empleo de sistemas que harían imposible la continuidad en el servicio, no podría hablarse de que la renuncia haya sido voluntaria." (Subraya y negrillas fuera del texto).

En relación con el tema señala el tratadista Jairo Villegas Arbeláez, en su obra Derecho Administrativo Laboral, Tomo II, Pag: 362:

*"el elemento esencial que tipifica la renuncia es el de la **Voluntariedad**", y por ello la jurisprudencia ha precisado como características concurrentes:*

*La **espontaneidad** o expresión del libre albedrío pleno, por oposición al acto presionado, sugerido, provocado, inducido, o compelido, esto es, libre de toda coacción o **vicio que pueda desvirtuar la voluntad;***

***Individual** o propia de la persona, por oposición a la colectiva o de arrastre presionado;*

***Expresa**, en cuanto forma solemne para su validez e inequívoca como expresión de la voluntad, debe consignarse en forma exacta y precisa, por oposición a las formulas simplemente protocolarias o vagas.*

***Escrita**, como única forma jurídica de expresión, por exclusión de la verbal."*

El artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, determina que mediante acto administrativo ha de procederse a la aceptación de la renuncia, e igualmente fija el término dentro del cual la administración, deberá efectuar dicho pronunciamiento:

"La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.(...)"

Se tiene entonces, que la administración ante una renuncia, debe pronunciarse sobre su aceptación o no, a través de acto administrativo. Dicha aceptación deberá producirse en un término no mayor a 30 días, periodo en el cual, el funcionario no podrá desprenderse de sus funciones, pues si lo hace, su conducta implicaría abandono del cargo, en los términos del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973.

Vencido el término de 30 días, contados a partir de la fecha de presentación de la renuncia, sin que se haya proferido acto administrativo aceptando la misma, el funcionario podrá optar por retirarse del empleo sin que se produzca abandono del cargo; o podrá permanecer en el mismo, evento en el cual la renuncia quedará sin efectos, y no podrá la administración, aceptar dicha renuncia, al punto tal, que si profiere un acto administrativo en ese sentido, se genera una situación de ilegalidad, que permite la declaratoria de nulidad del acto y la respectiva reparación de los daños sufridos por el empleado. Al respecto la jurisprudencia ha señalado: *"no podía el superior jerárquico fundar el acto en una renuncia que en virtud de la Ley se había vuelto ineficaz o sea que no podía producir efecto alguno"*. (Consejo de Estado, Sección II, del 19 de noviembre de 1979).

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia: *"y si transcurridos 30 días no se ha decidido nada sobre ella, no produce efecto alguno, esto es, se entiende por no escrita"*. (Consejo de Estado, Sección II, del 19 de abril de 1979).

La ley así mismo permite a la autoridad nominadora, por *"motivos de conveniencia pública"*, no aceptar la renuncia del funcionario, no obstante expresa la norma, que si el dimitente insiste, deberá aceptarla. Señala el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973:

ARTICULO 112. *Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste, deberá aceptarla.*

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable. " (Subraya y negrillas fuera del texto).

Sin embargo puede darse el caso, de que el funcionario se retracte de la renuncia presentada, evento en el cual, ha manifestado el Consejo de Estado:

*"A la retractación de la renuncia, como revocatoria de un acto unilateral de voluntad emanado de sus autor arrepentido, le concede validez la Corte, siempre que se manifieste **antes de haberse aceptado la dimisión por su destinatario.**" (Consejo de Estado, Sección II, noviembre 29 de 1979)*

Se tiene entonces, que aceptada la renuncia por parte de la administración, en los términos dispuestos en la ley, esta se torna irrevocable, quedando el empleado legalmente facultado para separarse del cargo.

SE CONCLUYE:

La prohibición contenida en el artículo 32 de de la Ley 996 de 2005, de suspender cualquier forma de vinculación, recae sobre la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatros meses anteriores a la elección presidencial y la segunda vuelta si fuere el caso, con excepción de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 33 de la ley ibídem.

A la luz de lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se prohíbe la modificación de las nóminas de los entes territoriales, incluidos sus organismos de control, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones de cargos de elección popular, salvo las excepciones contenidas en la misma disposición.

La renuncia se torna irrevocable cuando es aceptada, a través de acto administrativo, por la autoridad nominadora, en los términos y condiciones establecidos en la ley.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho y, por tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, se suscribe de usted,

Atentamente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica