



LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Finalidad

La Ley de Garantías Electorales, la cual circunscribe sus prohibiciones a las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular, se plantea como objetivos: a) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, b) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, c) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, d) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, e) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador, y f) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 2005

LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Tipos de prohibiciones a servidores públicos

Para alcanzar los objetivos propuestos, la Ley 996 de 2005 establece una serie de prohibiciones para los servidores públicos durante el tiempo que transcurran las elecciones a cargos de elección popular. (...) Respecto a estas disposiciones, es posible señalar las siguientes características: i) Las normas establecen restricciones aplicables durante las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular. ii) Mientras el artículo 32 aplica a los servidores de la Rama Ejecutiva, los artículos 33 y 38 cubren a todos los servidores públicos. (...) iii) La prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 comporta en principio la suspensión temporal de la facultad que tiene la autoridad pública nominadora para realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores. Asimismo, implica que no se pueden crear nuevos cargos. iv) Las prohibiciones no son absolutas, pues la ley establece una serie de excepciones, las cuales tienen como propósito mantener el equilibrio entre los principios de moralidad administrativa y eficacia. Asimismo, buscan proteger los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado. (...) En lo que respecta al artículo 38 el legislador autorizó la provisión de cargos ante la ocurrencia de faltas definitivas producidas por muerte o renuncia, o cuando resulte necesaria la aplicación de las normas de carrera administrativa. Ahora bien, la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al interpretar la norma, han concluido que dichas faltas definitivas no son las únicas que pueden presentarse. Lo anterior, teniendo en cuenta que la igualdad que se persigue a través de la Ley de Garantías Electorales no puede menoscabar los intereses públicos.(...) La provisión de cargos vacantes después de la entrada en vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005 puede llevarse a cabo en ciertos casos para solventar situaciones derivadas por muerte, renuncia o por cualquier otra causa legal que produzca la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulten indispensables para el buen funcionamiento de la administración pública.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 2005

VOTO PROGRAMATICO A NIVEL MUNICIPAL

El voto programático constituye un mecanismo de participación ciudadana, una forma de control sobre los mandatarios y una manifestación de la soberanía popular y la democracia participativa. Asimismo, es un instrumento para promover la claridad, la transparencia y la responsabilidad de los candidatos, partidos y movimientos políticos. (...) El voto programático impone una responsabilidad a los alcaldes y gobernadores. De allí que, en primer lugar, deban presentar a las asambleas y concejos las modificaciones, adiciones y supresiones al plan de desarrollo en curso o al proyecto de plan, con el fin de que se incorporen los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito durante la campaña electoral. Y en segundo lugar, la obligación de cumplir con el programa. (...) Existe por tanto una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa de gobierno. De tal suerte que la no satisfacción de este da lugar a la revocatoria del mandato por parte de los ciudadanos. (...) Es entendible, entonces, que un alcalde al iniciar su mandato, como máxima autoridad política y administrativa del municipio, cuente con colaboradores de su entera confianza para desarrollar el programa de gobierno que presentó a la comunidad y por el que lo escogieron sus electores. (...) Ciertamente los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, responsables políticamente y sujetos a la moción de censura, actúan mancomunadamente y en concordancia con el alcalde, para de esta forma lograr la unidad y el adecuado desarrollo de la autoridad política. Por lo tanto, es razonable que el nuevo mandatario pueda conformar su grupo de trabajo con las personas que van a liderar el programa de gobierno.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 259 / LEY 131 DE 1994 – ARTICULO 1

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Ninguna norma positiva, independientemente de su naturaleza o nivel, debe ser interpretada y aplicada en forma independiente y aislada del resto del ordenamiento, como si fuese un mandato absoluto y autosuficiente y tuviese, dentro de sí mismo, la totalidad de los principios en los cuales se basa y de los fines que persigue. Esta es la razón por la cual las disposiciones normativas deben ser interpretadas sistemáticamente, es decir, teniendo en cuenta los demás preceptos del ordenamiento jurídico al que pertenecen, empezando por aquellos contenidos en la Constitución Política, junto con los principios y valores que encierran, y siguiendo con las demás normas legales y de otro tipo. Esta forma de interpretación de las reglas de derecho no busca solamente establecer su sentido más adecuado, lógico y cercano a la realidad, sino también lograr la armonía con las demás normas, la aplicación y vigencia efectiva de todas ellas y la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

ALCALDE ELEGIDO EN ELECCIONES ATÍPICAS – Interpretación de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales / VOTO PROGRAMÁTICO

En el caso objeto de estudio, debe la Sala destacar que el nuevo Alcalde de Yopal fue elegido en elecciones atípicas celebradas durante la vigencia de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales, periodo durante el cual también tuvo lugar su posesión. (...) A juicio de la Sala el Alcalde de Yopal debe cumplir con lo dispuesto por la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de dicha ley, no podría, en principio, modificar la nómina de la Alcaldía. Sin embargo, esta restricción no es absoluta. El mandatario podría excepcionalmente afectar la nómina. Las restricciones

impuestas por la Ley 996 de 2005, como lo ha señalado la jurisprudencia, no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración. Sería una contradicción que el nuevo Alcalde de Yopal tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto. Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos. Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe: i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad. ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad. iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular. Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público. En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral. En este orden de ideas, es posible interpretar que dentro de las excepciones previstas por la Ley de Garantías Electorales está la situación presentada con el nuevo Alcalde de Yopal, y en este sentido, concluir que dicho mandatario local elegido y posesionado durante la vigencia de las restricciones impuestas por la referida ley, puede integrar su equipo de trabajo para conformar la autoridad política del municipio. De esta manera se le da un mayor alcance al principio de la democracia local, en el sentido de que la voluntad ciudadana se ve mejor representada si el Alcalde, para desarrollar el programa por el que lo eligieron para satisfacer las necesidades de la población, puede escoger sin obstáculos su equipo de trabajo. Situación por demás razonable cuando un mandatario inicia su periodo. Es necesario destacar que la Sala arriba a estas conclusiones, teniendo en cuenta que se está en presencia de una situación excepcional, como lo es la elección y nombramiento del Alcalde de Yopal durante la vigencia de las

prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por lo tanto, la presente interpretación aquí planteada no resulta aplicable a casos diferentes.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 2005 – ARTICULO 38 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 189

LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Excepción de seguridad y defensa del Estado / ACUERDO DE PAZ / ESPACIOS TERRITORIALES DE CAPACITACION Y REINCORPORACION, ETCR – Finalidad

A través de la excepción de seguridad y defensa del Estado se busca salvaguardar las instituciones, el territorio y la soberanía nacional, así como también conservar el orden público. En el año 2006 la Sala conceptuó que la excepción relativa a la defensa y seguridad del Estado era aplicable frente a la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los grupos alzados en armas al margen de la ley. (...) La Sala consideró que la excepción en materia de seguridad y defensa del Estado era aplicable, pues era necesario cumplir con los compromisos adquiridos con los individuos y grupos desmovilizados. Asimismo, estimó que la excepción cobijaba los programas dirigidos a dichos sujetos, habida cuenta de que a través de estos se contribuía al restablecimiento del orden público y a la consecución de la paz. La reincorporación de los integrantes de las FARC-EP es uno de los puntos que integran el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. En esta dirección, en dicho Acuerdo se estableció: “Los delegados del Gobierno de la República de Colombia (el Gobierno Nacional) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) consideran que: Sentar las bases para la construcción de una paz estable y duradera requiere de la reincorporación efectiva de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país”. La reincorporación de los integrantes de las FARC-EP a la vida civil constituye un aspecto esencial para la consecución de la paz y por tanto la conservación del orden público. Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), los cuales hacen parte de los compromisos acordados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, son fundamentales para llevar a cabo el proceso de reincorporación de los ex miembros de este grupo, proceso que corresponde a un aspecto esencial dentro de los acuerdos alcanzados entre las partes. (...) **A** través de los ETCR se busca asegurar el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Acuerdo Final y continuar con la implementación de este. La provisión de las Inspecciones de Policía es necesaria para la conservación del orden público. (...) La provisión de las inspecciones de policía para los ETCR debe hacerse de forma rápida, toda vez que el término de duración de estos, en principio, es solamente de dos años. (...) Como se advierte, la presencia de una inspección de policía en los territorios mencionados se hace necesaria para mantener la normalidad institucional de la zona y facilitar la reincorporación de las personas que dejaron las armas en un ambiente de convivencia e interacción pacífica. Por lo tanto, es razonable que la provisión de cargos para las inspecciones de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación se pueda adelantar sin que para el efecto sea dable jurídicamente aplicar la restricción propia de los periodos preelectorales. Este análisis obedece a una interpretación sistemática de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley de Garantías Electorales.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 2005 / DECRETO 2026 DE 2017 – ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: OSCAR DARIO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca del contenido y alcance de las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, particularmente respecto a la modificación de la nómina de las entidades.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El Procurador General de la Nación llamó la atención al Ministerio del Interior respecto de la situación particular que enfrenta el recién elegido alcalde de la ciudad de Yopal, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Electorales desde el pasado 11 de noviembre, lo cual en principio le impediría adoptar decisiones claves en la inmediata conformación de su más cercano equipo de trabajo para enfrentar los retos de la administración local.

De esta suerte, teniendo en cuenta que el calendario de las elecciones de alcalde fue atípico y la llegada del nuevo mandatario concuerda con la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, es necesario buscar alternativas que le permitan a la nueva administración ejecutar de manera óptima el mandato ciudadano, el cual se vería afectado por una interpretación estricta de la norma.

2. En consecuencia, el Procurador solicitó al Ministerio del Interior que elevara consulta ante el Consejo de Estado, con el propósito de que este se pronuncie acerca de la pertinencia de una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a la prohibición de modificar la nómina del ente territorial dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

3. En razón del artículo 9º del Acto Legislativo 02 de 2015, el cual ya no permite que haya un Presidente-candidato, existe un cambio de contexto normativo que debe tenerse en cuenta para el análisis de las normas de la Ley de Garantías Electorales.

4. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la aplicación estricta de la Ley Estatutaria 996 de 2005 debe realizarse sin perjuicio de que en casos excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad.

5. De otra parte, recientemente fue expedido el Decreto 2026 del 4 de diciembre de 2017, “por medio del cual se reglamentan los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), creados mediante el Decreto 1274 de 2017 y se dictan otras disposiciones”, en el marco de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

6. El inciso 2º del artículo 4º del Decreto dispuso que se promoverá la creación de una Inspección de Policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, los cuales estarán ubicados en las antiguas Zonas Veredales Transitorias de Normalización y Puntos Transitorios de Normalización.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Interior formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Es pertinente una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo relativo a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular?*

2. *¿Puede hacerse una eventual provisión de los cargos de inspector de Policía en el marco de lo previsto en la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, y el inciso 2º del artículo 4 del Decreto 2026 del 4 de diciembre de 2017 sin desconocer las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005?*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las preguntas objeto de consulta, la Sala considera necesario referirse en primera instancia a La Ley 996 de 2005.

a. La Ley 996 de 2005

La Ley de Garantías Electorales, la cual circunscribe sus prohibiciones a las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular, se plantea como objetivos: a) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular¹, b) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, c) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas², d) impedir que el

¹ “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 República; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985)A.

² “Por consiguiente, la función otorgada en el artículo 11 del decreto reglamentario 1876 de 1994, que establece que las juntas directivas de las empresas sociales del Estado creadas por Ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo, pueden aprobar las modificaciones a la planta de personal, para su posterior adopción por la autoridad competente, no se puede ejercer durante el período preelectoral de cuatro meses anteriores a las elecciones territoriales. Cabe mencionar en este

empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, e) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador³, y f) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales⁴. Así, la Corte Constitucional ha señalado:

“Una ley de garantías electorales es, en síntesis, una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a (sic) los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan. En suma, una ley de garantías debe hacer que quienes se presenten a las elecciones en calidad de candidatos, así como quienes acudan a ellas en calidad de electores, aprovechen en igualdad de condiciones los recursos ofrecidos por el Estado para la realización de la democracia, de manera que la voluntad popular se exprese sin obstrucciones de ningún tipo y la decisión del pueblo se vea reflejada en la persona elegida para ocupar el cargo de autoridad que se disputa”⁵.

Para alcanzar los objetivos propuestos, la Ley 996 de 2005 establece una serie de prohibiciones para los servidores públicos durante el tiempo que transcurran las elecciones a cargos de elección popular. Así por ejemplo, durante la época de elección presidencial, el artículo 32 señala respecto 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. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> 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”.

Por su parte, en materia contractual el artículo 33 dispone:

punto, que el legislador a través de la ley estatutaria de garantías electorales busca que la voluntad de los electores esté desprovista de cualquier influencia que provenga de la acción u omisión de servidores públicos, así como, garantizar la objetividad y transparencia de las decisiones administrativas”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00061-00(1839).

³ “Por tanto, si bien la expresión “no se podrá modificar la nómina” comprende, como ya lo había advertido la Sala, tanto la prohibición de hacer nuevas vinculaciones (se evita que el empleo público sea utilizado para buscar el voto del servidor beneficiado y sus allegados) como la de desvincular servidores (se protege al empleado perteneciente a una inclinación política distinta a la del nominador), lo cierto es que tal restricción no se aplica en el contexto de los procesos de liquidación forzosa administrativa, los cuales, como se ha expuesto, son expresión de las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia de las actividades y servicios de interés general”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00136-00(2265).

⁴ “De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos: 1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, C-1153/05.

“Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

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”.

En el mismo sentido de las normas anteriores, el párrafo del artículo 38 consagra:

“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”.

Respecto a estas disposiciones, es posible señalar las siguientes características:

- i) Las normas establecen restricciones aplicables durante las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular.
- ii) Mientras el artículo 32 aplica a los servidores de la Rama Ejecutiva, los artículos 33 y 38 cubren a todos los servidores públicos:

“A manera de colofón, debe precisar esta agencia judicial, que la limitación contenido (sic) en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, debe interpretarse en su sentido restrictivo- tal como lo realizó la H. Corte Constitucional-, es decir, que los destinatarios de la misma solo resultan ser los servidores de la rama ejecutiva del poder público, quienes tiene (sic) un mayor poder de nominación y un alto componente político, todo ello en aras de salvaguardar los principios de la función administrativa contenido el artículo 209 de la Carta Superior. A contrario sensu, el contenido prohibitivo prescrito en el artículo 33 y 38 de la prenombrada ley 996 de 2005, resulta aplicable a todos los servidores públicos, incluidos por supuesto, los órganos que inicialmente habían sido exceptuado por la misma normativa, valga decir, los órganos del poder judicial, de control, electorales y de seguridad, ello

*debido a los efectos de la sentencia C-1153 de 2005, pero en lo atinente a la prohibición de retiro del servicio, solo deviene aplicable a funcionarios de carrera administrativa*⁶.

iii) La prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 comporta en principio la suspensión temporal de la facultad que tiene la autoridad pública nominadora para realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores. Asimismo, implica que no se pueden crear nuevos cargos⁷.

iv) Las prohibiciones no son absolutas, pues la ley establece una serie de excepciones, las cuales tienen como propósito mantener el equilibrio entre los principios de moralidad administrativa y eficacia⁸. Asimismo, buscan proteger los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado⁹. En esta dirección se ha afirmado:

*“Las excepciones a la limitación, consagradas en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no restringir desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines que podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes”*¹⁰.

En el caso del artículo 32 son consideradas como excepciones las situaciones enlistadas en el inciso segundo del artículo 33, norma que establece:

“Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 20 de agosto de 2015. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00572-01(1548-14). “En ese sentido, considera la Sala que la restricción o limitación establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del Estado, porque de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal- extender la prohibición a los demás entes estatales- , el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equívoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del Estado. O en su defecto, el órgano rector y guardián de la constitución al momento de pronunciarse sobre el estudio o control de constitucionalidad de la misma lo habría dejado por sentado, tal como ocurrió con los apartes declarados inexequibles del artículo 38 de la pluricitada ley”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 20 de agosto de 2015. Radicación número: 50001-23-31-000-2010-00236-01(3504-14). “El artículo 32 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que se trata de aquellos sujetos que integran o pertenecen a *“la Rama Ejecutiva del poder Público.”* Esta expresión envuelve a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

⁷ “Estableció una connotación especial a la expresión “afecte” la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

⁸ “Consideró que las salvaguardas de la restricción, esto es, la posibilidad de proveer los cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y las vinculaciones que se presenten en aplicación de las normas de carrera administrativa, guardan el equilibrio entre la moralidad administrativa y la eficacia de la administración”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

⁹ “Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado”. *Ibidem*.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)A.

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”.

En lo que respecta al artículo 38 el legislador autorizó la provisión de cargos ante la ocurrencia de faltas definitivas producidas por muerte o renuncia, o cuando resulte necesaria la aplicación de las normas de carrera administrativa.

Ahora bien, la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al interpretar la norma, han concluido que dichas faltas definitivas no son las únicas que pueden presentarse. Lo anterior, teniendo en cuenta que la igualdad que se persigue a través de la Ley de Garantías Electorales no puede menoscabar los intereses públicos.

Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, en la cual se analizó la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, indicó:

“Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

(...)

Ahora bien, 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”. (Subrayas fuera del texto).

En lo que respecta a la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta indicó en el año 2013:

“...el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”. La expresión “por faltas definitivas” que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, “proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo”, caso en el cual “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”.

En el caso concreto, las palabras “falta definitiva” no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador (6). De conformidad con su entendimiento natural y obvio (7), la “falta definitiva” es sinónimo de vacancia del cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de su ausencia definitiva por expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011”¹¹. (Subrayas fuera del texto).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00514-00. Radicación interna: 2182.

Posteriormente, en el año 2014 la Sala consideró lo siguiente:

“De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos:

1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales.

2) Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

3) Estableció una connotación especial a la expresión “afecte” la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos.

4) Salvaguardó de la restricción las situaciones tales como la renuncia, licencia o muerte y ligó la provisión de los cargos en estas circunstancias a la condición de ser indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

(...)

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.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer”¹². (Subrayas fuera del texto).

Como puede observarse de la ley y de la jurisprudencia, la provisión de cargos vacantes después de la entrada en vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005 puede llevarse a cabo en ciertos casos para solventar situaciones derivadas por muerte, renuncia o por cualquier otra causa legal que produzca la vacancia

¹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

definitiva del cargo, siempre y cuando resulten indispensables para el buen funcionamiento de la administración pública.

Con todo, para proceder a dicha provisión es condición *sine qua non* satisfacer los requisitos señalados en el concepto 2207 del 1º de abril de 2014. Así, la Sala indicó:

“El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) “cabal funcionamiento de la administración pública”.

(...)

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

(...)

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar “indispensables para el cabal funcionamiento de la administración”, se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la

misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad¹³. (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público.

De otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha afirmado también que en casos absolutamente excepcionales es posible, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, desvincular a un funcionario durante el periodo en el que están en vigencia las restricciones de la Ley 996 de 2005. Así, señaló:

“En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser (sic) burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.

(...)

*Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar*¹⁴. (Subrayas fuera del texto).

Como puede advertirse, la Sección Segunda también ha aceptado que en casos excepcionales se pueda afectar la nómina con miras a proteger el bien jurídicamente tutelado por la Ley de Garantías Electorales.

b. El principio democrático y el voto programático en el nivel municipal

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10). Igualmente, en otra oportunidad la Sección Segunda indicó: “Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. (...) Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedía modificar la nómina de la entidad, al tenor del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria. Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09).

El artículo 259 de la Constitución Política consagra la figura del voto programático en los siguientes términos:

“Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático”.

Esta disposición fue desarrollada legalmente por la Ley 131 de 1994¹⁵, cuyo artículo 1º define el voto programático como:

“[E]l mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura”.

El voto programático constituye un mecanismo de participación ciudadana, una forma de control sobre los mandatarios y una manifestación de la soberanía popular y la democracia participativa¹⁶. Asimismo, es un instrumento para promover la claridad, la transparencia y la responsabilidad de los candidatos, partidos y movimientos políticos.

Para la Sección Quinta del Consejo de Estado el voto programático:

“[I]mplica mayor claridad, transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la actividad política de los partidos y movimientos políticos y por supuesto de los candidatos. Ya no son solamente las promesas que durante las campañas se lanzan, sino que ahora es preciso plasmarlas y sistematizarlas en un escrito denominado programa de gobierno, que es ciertamente la hoja de ruta que los gobernantes seguirán durante su administración, y que desde luego deben ser el resultado serio y razonado de una planificación.

La divulgación del programa de gobierno desde la inscripción de las candidaturas permite que por la incorporación de ese documento al protocolo oficial de la entidad respectiva, el documento quede a disposición de todos los que se interesen por conocer las propuestas de los candidatos. Ello hace más transparente el ejercicio de la actividad política, dado que la ciudadanía podrá conocer lo allí propuesto y en consecuencia ejercer su derecho al sufragio guiado por sus convicciones ideológicas y por qué no, por la mejor propuesta para su comunidad”¹⁷.

¹⁵ “Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones”.

¹⁶ “Al examinar la constitucionalidad de las disposiciones estatutarias que acaban de mencionarse, la Corte puso en evidencia el nexo inescindible que existía entre las nociones de soberanía popular, mandato imperativo, voto programático y revocatoria del mandato. Esta relación fue explicada de la siguiente manera: “El voto programático es una expresión de la soberanía popular y la democracia participativa que estrecha la relación entre los elegidos (alcaldes y gobernadores) y los ciudadanos electores. Al consagrar que el elector impone al elegido por mandato un programa, el voto programático posibilita un control más efectivo de los primeros sobre estos últimos. La posibilidad de la revocatoria del mandato es entonces la consecuencia de esa nueva relación consagrada por la Constitución de 1991....“De la concordancia de los artículos 259 y 103 de la Constitución, precitados, se desprende que en el marco de la democracia participativa, que hunde sus raíces en los campos de la soberanía popular, el voto programático garantiza la posibilidad de la revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores en particular si éstos incumplen con su programa. “Esta revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como lo dispone el artículo 40 superior. En otras palabras, en el nuevo esquema filosófico de la Carta el ciudadano ya no se limita a votar para la escogencia del gobernante y luego desaparece durante todo el período que media entre dos elecciones - como en la democracia representativa -, sino que durante todo el tiempo el ciudadano conserva sus derechos políticos para controlar al elegido - propio de la democracia participativa -. El ciudadano no se desentiende de su elección”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo de 2002, C-179/02.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de septiembre de 2012. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00053-00.

Como puede observarse, el voto programático impone una responsabilidad a los alcaldes y gobernadores. De allí que, en primer lugar, deban presentar a las asambleas y concejos las modificaciones, adiciones y supresiones al plan de desarrollo en curso o al proyecto de plan, con el fin de que se incorporen los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito durante la campaña electoral¹⁸. Y en segundo lugar, la obligación de cumplir con el programa.

En efecto, ha dicho esta Sala que:

*“La manifestación de la voluntad popular mediante la elección, ata al alcalde al programa de gobierno en virtud de los alcances del voto programático (art. 259 de la C. P.) y, por lo tanto, le es exigible una responsabilidad política; pero además la fuerza obligatoria del programa de gobierno vincula directamente a los alcaldes designados o encargados, quienes deben cumplirlo por mandato legal - art. 106 de la ley 136 de 1994 - (...). Conforme a estas disposiciones el alcalde elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores por el incumplimiento del programa de gobierno”.*¹⁹

Existe por tanto una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa de gobierno²⁰. De tal suerte que la no satisfacción de este da lugar a la revocatoria del mandato por parte de los ciudadanos²¹:

¹⁸ “Los alcaldes elegidos popularmente propondrán ante sus respectivos concejos municipales en las sesiones ordinarias siguientes a la fecha de su posesión, las modificaciones, adiciones o supresiones al plan económico y social que se encuentre vigente en esa fecha, a fin de actualizarlo e incorporarle los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito en su calidad de candidatos. De no existir plan alguno, procederán a su presentación dentro del mismo término, de conformidad con el programa inscrito, sin perjuicio de lo consagrado en el inciso 3o del artículo 1o. de la Ley 02 de 1991. Podrá el alcalde proponer las modificaciones al plan de inversiones del municipio, ante sus respectivos concejos municipales en las sesiones ordinarias siguientes a la fecha de su posesión. Una vez aprobadas las modificaciones por el concejo municipal, se notificará de las mismas para su respectivo control al organismo departamental de planeación correspondiente, en un plazo no mayor a los diez (10) días siguientes a la respectiva aprobación”. Ley 131 de 1994, artículo 5º. “Los gobernadores elegidos popularmente convocarán a las asambleas, si se encuentran en receso, y presentarán dentro de los dos (2) meses siguientes a su posesión, las modificaciones, supresiones o adiciones a los planes departamentales de desarrollo, a fin de actualizarlos e incorporarles los lineamientos generales del programa inscrito en su calidad de candidatos. De no existir plan de desarrollo alguno, procederán a su presentación ante la asamblea departamental, dentro de los mismos términos y condiciones, de conformidad con el programa inscrito”. Ley 131 de 1994, artículo 6º. “Los artículos 5º y 6º de la citada ley 131, establecen la obligación a los alcaldes y gobernadores de presentar a las asambleas y a los concejos las modificaciones al plan de desarrollo en curso o el proyecto de plan, que incorporen *“los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito en su calidad de candidatos...”*”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00091-00(2127).

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de octubre de 1999. Radicación número. 1219.

²⁰ “La Corte ha tenido oportunidad de explicar el fundamento de la revocatoria señalando que “la estrategia constitucional determina tanto para los gobernantes como para los gobernados, una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa electoral.” Como consecuencia de ello “las promesas electorales bajo el nuevo esquema constitucional deben cumplirse, lo cual explica que los electores puedan adelantar la revocatoria del mandato”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de abril de 2015, C-150/15.

²¹ “En desarrollo de los artículos 40 y 103 de la Constitución Política, la revocatoria del mandato por el incumplimiento del programa de gobierno, es un mecanismo de participación popular, en los términos de esta Ley”. Ley 131 de 1994, artículo 2º. “De acuerdo con los artículos 1º y 2º de la ley 131 de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho

“De acuerdo con los artículos 1° y 2° de la ley 131 de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho mandato”²².

Es entendible, entonces, que un alcalde al iniciar su mandato, como máxima autoridad política y administrativa del municipio, cuente con colaboradores de su entera confianza para desarrollar el programa de gobierno que presentó a la comunidad y por el que lo escogieron sus electores. De allí que dentro de su nómina existan cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales la Corte Constitucional ha señalado:

“...siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata”²³. (Subrayas fuera del texto).

mandato”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00091-00(2127).

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00091-00(2127).

²³ Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero 2003, C-161/03. “Ahora bien, como se dijo en precedencia, el artículo 125 de la Carta dispone que los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de la regla general consistente en que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa. Incluso, dichos cargos se caracterizan esencialmente por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al servidor de la administración. Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte ha advertido que la excepción en comento guarda una relación especial con la naturaleza de las funciones que debe asumir el funcionario, habida cuenta que los cargos de libre nombramiento y remoción son por regla general empleos de dirección y confianza”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, SU-539/12. “Se colige de lo anterior que el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, designación que tiene amparo normativo en el artículo 125 de la Constitución Política. Este precepto, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente de la entidad, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10).

Estos nombramientos permiten conformar la autoridad política del municipio, pues con ella se van a regir los destinos de la entidad territorial. De allí que el artículo 189 de la Ley 136 de 1994²⁴ haya consagrado quiénes son las autoridades encargadas de ejercer en el municipio la autoridad política:

*“AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política”.*²⁵

Ciertamente los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, responsables políticamente y sujetos a la moción de censura, actúan mancomunadamente y en concordancia con el alcalde, para de esta forma lograr la unidad y el adecuado desarrollo de la autoridad política. Por lo tanto, es razonable que el nuevo mandatario pueda conformar su grupo de trabajo con las personas que van a liderar el programa de gobierno.

c. Necesidad de interpretar las normas legales en forma armónica y sistemática con el resto del ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico de cualquier Estado es un sistema de principios y reglas de derecho de distintas clases, jerarquías, temáticas y formas de operación, que emanan de las diferentes autoridades a quienes la Carta Política ha dotado de competencia normativa, empezando por el mismo pueblo soberano. Como sistema que es, dicho ordenamiento se encuentra estructurado lógicamente y racionalmente, a partir de las normas fundamentales y más generales contenidas en la Constitución, sobre las que está construida toda la organización política y jurídica del Estado, para la realización de los fines y valores consagrados en la Constitución Política.

Lo anterior implica, entre otras consecuencias, que ninguna norma positiva, independientemente de su naturaleza o nivel, debe ser interpretada y aplicada en forma independiente y aislada del resto del ordenamiento, como si fuese un mandato absoluto y autosuficiente y tuviese, dentro de sí mismo, la totalidad de los principios en los cuales se basa y de los fines que persigue.

Esta es la razón por la cual las disposiciones normativas deben ser interpretadas sistemáticamente, es decir, teniendo en cuenta los demás preceptos del ordenamiento jurídico al que pertenecen, empezando por aquellos contenidos en la Constitución Política, junto con los principios y valores que encierran, y siguiendo con las demás normas legales y de otro tipo. Esta forma de interpretación de las reglas de derecho no busca solamente establecer su sentido más adecuado, lógico y cercano a la realidad, sino también lograr la armonía con las demás normas, la aplicación y vigencia efectiva de todas ellas y la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Por esta razón, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha manifestado en reiteradas ocasiones que una norma legal o de otra clase puede tener varias

²⁴ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

²⁵ “Conforme a las disposiciones transcritas, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, y aquellos directivos como Secretarios de Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos que integran su gabinete y la autoridad civil es el ejercicio de poder o mando, dirección e imposición sobre las personas”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 15 de diciembre de 2014. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00047-00.

interpretaciones, las cuales pueden ser, al mismo tiempo, válidas o, al menos, admisibles, según lo que resulte de la aplicación de los diferentes sistemas, métodos y reglas de interpretación de la ley; pero que debe preferirse, en todo caso, aquel entendimiento que más se adecúe materialmente a la Carta Política, no solo por su coincidencia literal o gramatical con el texto constitucional, sino, sobre todo, por armonizar, con mayor claridad y fidelidad, con los mandatos, principios y valores fundamentales.

En esa medida, la Corte ha advertido que deben descartarse las interpretaciones de las normas que resulten inconstitucionales, aunque la disposición respectiva no pueda ser considerada, en sí misma, opuesta a la Constitución y deba, en consecuencia, excluirse del ordenamiento (inexequibilidad). Es por esto que en dichos casos, la Corte Constitucional ha optado por proferir *fallos modulados*, en los que la norma acusada o revisada es declarada exequible *condicionalmente*, bajo la interpretación de la misma que resulte, a juicio de esa Corporación, ajustada o más ajustada a la Carta Política.

Pero los preceptos legales no deben estar en armonía solamente con la Constitución Política, incluyendo los principios y tratados internacionales que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” (artículos 53, 93 y 94 ibídem), sino también con el resto de normas del mismo nivel (legales o con fuerza de ley) y, en lo posible, con aquellas de inferior jerarquía que las reglamenten y desarrollen.

Por este motivo, los artículos 30 y 32 del Código Civil establecen:

“Artículo 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

(...)

Artículo 32. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. (Se resalta).

Como puede verse, la interpretación sistemática de las normas legales no exige solo armonizarlas con las otras disposiciones y el contexto general de la ley de la cual formen parte, sino que también implica el deber de concordarlas con otros cuerpos normativos (leyes, decretos leyes etc.) que regulen total o parcialmente los mismos temas, o asuntos complementarios, conexos o relacionados.

d. El caso concreto

Las preguntas elevadas en la consulta están dirigidas a determinar si bajo la vigencia de las prohibiciones establecidas por la Ley de Garantías Electorales es posible: i) modificar la nómina de la Alcaldía de Yopal y ii) provisionar los cargos de inspector de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, establecidos en el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 2026 de 2017.

A continuación se pasa a responder estos interrogantes.

1. La interpretación constitucional del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005

En el caso objeto de estudio, debe la Sala destacar que el nuevo Alcalde de Yopal fue elegido en elecciones atípicas celebradas durante la vigencia de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales²⁶, periodo durante el cual también tuvo lugar su posesión.

Esta circunstancia excepcional da lugar a una tensión entre varias normas. En efecto, mediante la Ley de 996 de 2005 y la prohibición de modificar la nómina impuesta por el párrafo del artículo 38, se busca proteger la democracia participativa (artículo 1º de la C.P.), la igualdad entre los candidatos a cargos de elección popular (artículo 13 de la C.P.) y la transparencia y moralidad administrativa (artículo 209 de la C.P.).

Sin embargo, la aplicación de dicha restricción en un caso como el que se analiza, es decir, de un alcalde elegido y posesionado durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, no solo limita las atribuciones legales que tiene el mandatario recién electo sino también dificulta el emprendimiento de las acciones y gestiones tendientes al cumplimiento de los deberes y obligaciones que le resultan imperativas para el cabal y oportuno desarrollo del programa de gobierno al que se comprometió en las urnas con la ciudadanía, de manera que tiene incidencia al momento de aplicar las normas que permiten desarrollar el mandato representativo y, por ende, puede terminar por afectar la democracia local. Entre otras normas que se ven comprometidas, pueden señalarse las siguientes: i) el artículo 40 de la Carta Política, que otorga a las personas el derecho a elegir y ser elegido, y a ejercer el poder político derivado de la elección, ii) el artículo 259 sobre voto programático, iii) el artículo 311, que define al municipio como la “entidad fundamental” de la organización político administrativa del Estado y le asigna competencias y funciones que impactan de manera directa la vida de sus habitantes, y iv) el artículo 315, que reconoce el derecho a los alcaldes para nombrar y remover a sus funcionarios.

Dentro de este marco, una interpretación literal de la Ley 996 de 2005 que no tome en consideración las particularidades del caso objeto de estudio, puede perjudicar otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política y la ley. Ante esta situación, es necesario realizar una interpretación ponderada, conforme con la Carta Política²⁷, que promueva la unidad y consistencia del sistema

²⁶ “Por lo tanto, esta Dirección Jurídica se permite concluir, que respecto a las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, en cuanto a la vinculación y modificación de la nómina de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva, con ocasión del próximo calendario electoral, previsto para el 11 de marzo de 2018 las elecciones de Congreso de la República y, las de Presidente y Vicepresidente para el 27 de mayo de 2018, estas comenzarán en las siguientes fechas: - Para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Territorial comenzará cuatro (4) meses antes de las elecciones para Congreso, esto es, once (11) de noviembre de 2017, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta. (Párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005) - Para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional comenzará cuatro (4) meses antes de las elecciones para Presidente y Vicepresidente, esto es, veintisiete (27) de enero de 2018, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta. (Artículo 32 de la Ley 996 de 2005)”. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto No. 20176000256901 del 23 de octubre de 2017.

²⁷ “Pero pese a la validez *prima facie* de las normas legales sobre la interpretación legal y constitucional, lo cierto es que en la medida en que la Constitución posee una serie de principios, valores y derechos fundamentales que irradian todo el ordenamiento jurídico, las leyes no se pueden aplicar en su sentido natural y obvio, si el contenido de dichas leyes desconoce el núcleo

jurídico²⁸ y que maximice la tutela de los intereses y bienes jurídicos protegidos en juego.

Así, se observa que el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 exceptúa, de la prohibición de modificar la nómina estatal, impuesta a los servidores públicos durante los cuatro meses anteriores a las elecciones populares, aquellos casos en que deban proveerse 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*” (se resalta).

Esta disposición, aplicada a la situación de hecho concreta planteada en la consulta, podría tener, entre otras, dos interpretaciones, en principio aceptables:

- (i) Que al ser dicha norma de carácter exceptivo, es también de interpretación restrictiva y, por lo tanto, los casos allí enunciados son taxativos. Así, al no estar prevista la situación del nuevo Alcalde de Yopal, en relación con la conformación de su equipo de trabajo más cercano (secretarios de despacho y directores de departamento administrativo), pues los funcionarios nombrados por el alcalde anterior continúan todavía en sus cargos, no puede aplicarse la salvedad mencionada, ergo el mandatario local no puede remover a dichos servidores ni designar sus reemplazos durante el período de aplicación de la “Ley de Garantías Electorales”; o
- (ii) Que la disposición señalada no es taxativa en cuanto a las causales de falta o vacancia definitiva que menciona, tal como lo ha considerado previamente la jurisprudencia y la doctrina, por lo cual la respectiva excepción puede aplicarse a otros casos similares, como el retiro de un servidor público por vencimiento de su período, por destitución (como sanción disciplinaria) o por remoción, debidamente justificada, entre otras circunstancias, tal como lo dijo, para este último caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias antes referidas. A este último caso correspondería la situación del nuevo Alcalde de Yopal, ya que las normas constitucionales y legales que se han citado en este concepto le permitirían válidamente conformar inmediatamente su equipo de gobierno, con personas cercanas y afines a su ideología y a sus propuestas, para cumplir eficazmente con su programa de gobierno, dentro del período para el cual fue elegido.

De estas dos interpretaciones de la norma citada (párrafo del artículo 38 de la Ley 996), la primera resultaría inconstitucional y contradictoria con otras disposiciones del mismo nivel jerárquico, pues llevaría a concluir que un alcalde elegido y posesionado durante el período de veda impuesto por la Ley de Garantías Electorales no podría, durante ese mismo lapso, conformar su equipo

esencial de esos principios, valores y derechos constitucionales. Esto es lo que se denomina como interpretación conforme, principio que se apoya en la llamada constitucionalización del derecho”. Javier Tamayo Jaramillo. La decisión judicial. Biblioteca Jurídica Diké. 2011, p. 665.

²⁸ “Dado que la consistencia es un importante principio regulativo del sistema jurídico que debe asegurarse, de ser posible, el mayor número de contradicciones deben ser evitadas mediante la interpretación. Así, si de una norma es posible interpretar diversos significados, deben rechazarse aquellos que sean contrarios a las normas superiores y sobre todo a la Constitución, y optar por los que sean conformes a ella. El objetivo es producir coherencia entre las normas de un sistema jurídico; el referente principal tiene que ser la norma fundamental, pues ella establece los procesos de creación de las demás normas del sistema. La interpretación sistemática se funda en la unidad del sistema jurídico, la idea conductora es el todo, la preservación de sus fines y objetivos aun en detrimento de normas específicas”. Carla Huerta Ochoa. Conflictos Normativos. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, pp. 77-78.

de gobierno, integrado por sus más cercanos colaboradores, con el fin de empezar a ejecutar inmediatamente su programa de gobierno, al cual se comprometió públicamente frente a sus votantes, sino que debe conformarse con esperar a que pasen las elecciones (hasta la segunda vuelta presidencial, si la hubiere), para iniciar el cumplimiento de dicho programa, o bien gobernar con los funcionarios designados por el mandatario anterior, y tratar de que estos ejecuten sus políticas, programas y proyectos, aunque no sean personas de su confianza, o no compartan su visión e ideología política, o programa de gobierno.

En esa medida, dicha hermenéutica no resultaría plausible, pues se opondría, no solo a otras disposiciones del mismo nivel, es decir, legales, como aquellas que regulan la facultad de los alcaldes elegidos popularmente para conformar su equipo de gobierno con personas de su confianza y de libre nombramiento y remoción (por ejemplo, los artículos 84, 91 y 92 de la Ley 136 de 1994²⁹, modificada por la Ley 617 de 2000³⁰, entre otras), así como las que desarrollan la figura del voto programático (Ley 131 de 1994), sino también a cánones superiores, de orden constitucional, como los artículos 259 (voto programático) y 315, numeral 3^o³¹ (funciones de los alcaldes). Adicionalmente, dicha interpretación, que sin lugar a dudas busca proteger algunos principios y valores constitucionales, como la pureza del sufragio, la transparencia e imparcialidad de las elecciones, y la transparencia y moralidad de los funcionarios administrativos, entre otros, resultaría contraria a varios principios y valores constitucionales, como el principio democrático a nivel local, la soberanía popular, la autonomía territorial de los municipios y la eficacia de la gestión administrativa de las autoridades municipales.

En cambio, la interpretación por la cual se prohíja, limitada, claro está, a la situación de hecho concreta y precisa que se describe en la consulta, resulta armónica con las normas constitucionales y legales citadas, y no contraviene ninguno de los dos grupos de principios y valores constitucionales que se mencionan. En efecto, no puede presumirse que la remoción de los secretarios de despacho y de los directores de los departamentos administrativos, que haga el primer mandatario, y su reemplazo por personas de su entera confianza y que compartan su ideario político y su programa de gobierno, constituya una conducta arbitraria, poco transparente, parcializada y dirigida a favorecer a los candidatos que participan en las elecciones parlamentarias o en el proceso electoral para Presidente y Vicepresidente de la República, pues el hecho de que el alcalde haya sido elegido por fuera del calendario electoral ordinario y, además, en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, constituye, en sí misma, una situación excepcional e imprevista, y la necesidad que dicho mandatario tiene de conformar su equipo de gobierno y empezar a ejecutar rápida y eficazmente su programa político constituye, por sí misma, una justificación objetiva y válida,

²⁹ "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

³⁰ "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".

³¹ "Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

(...)

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

(...)" (Se resalta).

desde el punto constitucional. Lo contrario, es decir, afirmar que la remoción y la sustitución de los funcionarios referidos busca un propósito diferente, como el de interferir en las elecciones, es algo que tendría que probarse en el caso concreto.

Por todas las razones anteriores, la Sala considera que, de las varias interpretaciones que pueden hacerse al inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996, la que resulta más plausible es aquella que permite concluir que ante la situación *sui generis* del nuevo Alcalde de Yopal, y la necesidad de conformar su equipo de gobierno local al comienzo de su mandato, se justifica que pueda hacer excepcionalmente uso de su discrecionalidad aún en época preelectoral y, por tanto, ejercer la facultad de remover a los secretarios de despacho y directores de departamento administrativo, lo que generaría una falta definitiva que permitiría ser provista en esa circunstancia particular, pese a la norma que establece la prohibición general de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones populares al configurarse esa salvedad.

2. Conclusión

A juicio de la Sala el Alcalde de Yopal debe cumplir con lo dispuesto por la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de dicha ley, no podría, en principio, modificar la nómina de la Alcaldía.

Sin embargo, esta restricción no es absoluta. El mandatario podría excepcionalmente afectar la nómina. Las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, como lo ha señalado la jurisprudencia, no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración. Sería una contradicción que el nuevo Alcalde de Yopal tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto.

Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa³² y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos³³.

³² “En virtud de lo dispuesto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos: (a) la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de 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 2004; y (b) por la aplicación de las normas de carrera administrativa”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

³³ “La expresión “por faltas definitivas” que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, “proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00514-00. Radicación interna: 2182. “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”. Consejo de

Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe:

i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.

ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.

iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994³⁴, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

En este orden de ideas, es posible interpretar que dentro de las excepciones previstas por la Ley de Garantías Electorales está la situación presentada con el nuevo Alcalde de Yopal, y en este sentido, concluir que dicho mandatario local elegido y posesionado durante la vigencia de las restricciones impuestas por la referida ley, puede integrar su equipo de trabajo para conformar la autoridad política del municipio. De esta manera se le da un mayor alcance al principio de la democracia local, en el sentido de que la voluntad ciudadana se ve mejor

Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207. "Ahora bien, 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". Corte Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, C-1153/05.

³⁴ "AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política".

representada si el Alcalde, para desarrollar el programa por el que lo eligieron para satisfacer las necesidades de la población, puede escoger sin obstáculos su equipo de trabajo. Situación por demás razonable cuando un mandatario inicia su periodo.

Es necesario destacar que la Sala arriba a estas conclusiones, teniendo en cuenta que se está en presencia de una situación excepcional, como lo es la elección y nombramiento del Alcalde de Yopal durante la vigencia de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por lo tanto, la presente interpretación aquí planteada no resulta aplicable a casos diferentes.

Asimismo, debe señalarse que la situación atípica del Alcalde de Yopal, no lo excluye de cumplir con las demás obligaciones y restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales, tales como la prohibición de acudir a la contratación directa o celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, entre otras. Tampoco puede remover a funcionarios diferentes a los indicados en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994.

Para terminar, la Sala llama la atención del Gobierno Nacional y del Congreso de la República sobre la necesidad de revisar el contenido de la Ley 996 de 2005, para adecuarla a las nuevas realidades y necesidades del país, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 2 de 2015 prohibió la reelección presidencial.

3. La provisión de cargos de los inspectores de policía

El segundo interrogante que se plantea en la consulta se refiere a la posibilidad de provisionar, durante la vigencia de las restricciones del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, los cargos de inspector de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), establecidos en el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 2026 de 2017³⁵, artículo que señala:

“Para los efectos previstos en el artículo 2º del presente decreto, los Espacios Territoriales de Normalización y Reincorporación estarán ubicados en las antiguas Zonas Veredales Transitorias de Normalización y Puntos Transitorios de Normalización.

Así mismo y en el marco de lo dispuesto por la Ley 1801 de 2016 - Código Nacional de Policía y Convivencia, se promoverá la creación de una Inspección de Policía con el fin de conservar la convivencia, la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas y de estas con los bienes y con el ambiente y, así mismo, ejercer las atribuciones legales correspondientes, en los términos de la ley”.

Para arribar a una respuesta al interrogante formulado, la Sala pasa a efectuar las siguientes consideraciones:

i) Tanto el artículo 32 como el 38 de la Ley de Garantías Electorales establecen la prohibición de modificar la nómina estatal durante el periodo anterior a las elecciones³⁶.

³⁵ "Por medio del cual se reglamentan los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), creados, mediante el Decreto 1274 de 2017 y se dictan otras disposiciones”.

³⁶ “a) Los artículos 32 y 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005, fijaron una serie de restricciones respecto de las vinculaciones o modificaciones que se hagan a la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y territorial en época preelectoral o de campaña electoral, cuyo ámbito material se concreta en la imposibilidad de crear nuevos cargos y proveerlos. b) La finalidad de dichas restricciones es procurar por la transparencia en el actuar

ii) El artículo 32 establece que la prohibición no aplicará cuando tenga ocurrencia alguna de las excepciones consagradas en el inciso segundo del artículo 33. Dicho inciso dispone:

“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”. (Subrayas fuera de texto).

iii) La prohibición del artículo 32 y las excepciones del artículo 33 son aplicables a los entes que integran la Rama Ejecutiva, tanto a nivel nacional como territorial. Así, la Sala ha señalado:

*“El artículo 32 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que se trata de aquellos sujetos que integran o pertenecen a “la Rama Ejecutiva del poder Público.” Esta expresión envuelve a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas”*³⁷. (subrayas fuera de texto).

Igualmente, en otra oportunidad indicó:

“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

administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

³⁷ *Ibidem*. “Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 *in fine* de la Constitución”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de junio de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00066-00(2011).

proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes³⁸. (Subrayas fuera de texto).

iv) Una de las excepciones a la prohibición del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 es la relativa a la defensa y seguridad del Estado. Frente a su alcance la Sala ha determinado:

*"Bajo este presupuesto, la gestión contractual relacionada con la defensa y seguridad del Estado es aquella vinculada a "la necesaria continuidad de actividades en que está comprometida la **supervivencia de las instituciones y la seguridad del Estado**".*

En concordancia con lo anterior, en la Consulta 1720 de febrero 17 de 2006 se estableció la correspondencia entre los conceptos de seguridad del Estado, seguridad de las instituciones y orden público institucional, en los siguientes términos:

*"3. La excepción a la prohibición de contratación directa por **motivos de defensa y seguridad del Estado** (...)*

*Dentro de este orden de ideas, el concepto de seguridad pública se ha desarrollado a su vez, vinculándolo necesariamente con el criterio **de normalidad institucional**, entendida esta última como el acatamiento por parte de la colectividad de la estructura normativa que rige la convivencia en la organización socio - política denominada Estado. **Seguridad y defensa del Estado, significan respeto del orden instituido.***

*"Por tanto, desde el punto de vista socio-político respetar el orden público quiere decir acoger y seguir el conjunto de disposiciones coercitivas emanadas de los órganos constitucionalmente establecidos, para hacer posible la realización de los derechos y deberes, es decir, la convivencia social y el desarrollo del sistema comunitario. Es en este sentido que se establece una correspondencia necesaria entre **defensa del orden y seguridad institucional.**"*

*En el mismo sentido, es necesario señalar que el concepto de seguridad y defensa del Estado lleva ínsita la defensa de la soberanía e integridad del territorio nacional y la preservación del orden público. En consecuencia, la actividad o gestión contractual que se encuentra cobijada dentro de la excepción en comento, será aquella que directamente se relacione con los conceptos anteriores*³⁹. (Subrayas fuera de texto).

Adicionalmente, en otra oportunidad consideró:

"La excepción relacionada con los contratos que se celebren para la defensa y seguridad del Estado, debe entenderse ligada a la noción de orden público social,

³⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00. Radicación interna: 1985.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de marzo de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00030-00(1731). "Lo expuesto significa que desde el punto de vista constitucional y legal existe un claro marco a partir del cual las autoridades deben determinar en forma razonable, qué conductas o situaciones por alterar el orden público, están afectando la "defensa y seguridad" del Estado, por atentar en forma grave contra el orden instituido y hacer cuando menos improbable el normal desarrollo de la vida comunitaria". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2006. Radicación número: Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00019-00(1720).

*tanto externo como interno, defensa de las instituciones y de la soberanía nacional*⁴⁰.

Como se advierte entonces, a través de la excepción de seguridad y defensa del Estado se busca salvaguardar las instituciones, el territorio y la soberanía nacional, así como también conservar el orden público.

v) En el año 2006 la Sala conceptuó que la excepción relativa a la defensa y seguridad del Estado era aplicable frente a la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los grupos alzados en armas al margen de la ley. Así, en dicha oportunidad la Sala indicó:

“Con el fin de establecer si la situación consultada encaja o no dentro de la excepción señalada en el título de esta parte, se precisan las competencias de los Ministerios del Interior y de Justicia, y de Defensa Nacional, sin perjuicio de otros programas bajo la responsabilidad de otros organismos o entidades públicas con régimen especial, que permiten advertir el diseño de unos programas orientados a la desmovilización y reincorporación de grupos y personas alzados en armas, que a partir de la entrega de las mismas, generan la acción del Estado y como en el caso consultado su gestión contractual, con miras a la preservación del orden público y también a cristalizar avances en el logro de la paz, derecho y deber de obligatorio cumplimiento, según lo consagra el artículo 22 de la Carta, en armonía con el deber impuesto a todo ciudadano y toda persona de propender al logro y mantenimiento de la paz (artículo 95.6 de la C. P.).

(...)

*Como se observa, la ejecución de estos programas está encaminada directamente al restablecimiento del orden público y a la búsqueda de la paz, elemento esencial del Estado, que además constituye una de sus razones de ser, y que en la Constitución Política hace parte de los grandes anhelos nacionales, enunciados en el preámbulo. Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa para la continuidad de estos programas, es parte esencial de construcción de la paz, del restablecimiento del orden público, y por lo mismo encaja dentro de la noción de "defensa y seguridad del Estado" del artículo 33 de la ley 996 de 2005*⁴¹. (subrayas fuera del texto).

Igualmente, señaló:

*“En consecuencia, es claro que dentro de la excepción a la prohibición de contratación directa, referente a la seguridad y defensa del Estado, se encuentra la gestión contractual que se requiera para el cumplimiento de los compromisos adquiridos con los individuos y grupos desmovilizados, incluyendo aquellos que propenden por la vinculación de los desmovilizados a proyectos productivos o a programas de capacitación o educación que les facilite acceder a empleos productivos y el apoyo para ingresar a programas de asistencia psicológica adecuados que facilite su reincisión (sic) y adopción a la normal vida cotidiana, de conformidad con el artículo 66 de la ley 975 de 2005*⁴². (subrayas fuera del texto).

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)A.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de febrero de 2006. Radicación número: Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712).

⁴² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)A.

Como puede evidenciarse, la Sala consideró que la excepción en materia de seguridad y defensa del Estado era aplicable, pues era necesario cumplir con los compromisos adquiridos con los individuos y grupos desmovilizados. Asimismo, estimó que la excepción cobijaba los programas dirigidos a dichos sujetos, habida cuenta de que a través de estos se contribuía al restablecimiento del orden público y a la consecución de la paz.

vi) La reincorporación de los integrantes de las FARC-EP es uno de los puntos que integran el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. En esta dirección, en dicho Acuerdo se estableció:

“Los delegados del Gobierno de la República de Colombia (el Gobierno Nacional) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) consideran que:

Sentar las bases para la construcción de una paz estable y duradera requiere de la reincorporación efectiva de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país”⁴³.

La reincorporación de los integrantes de las FARC-EP a la vida civil constituye un aspecto esencial para la consecución de la paz y por tanto la conservación del orden público⁴⁴.

vii) Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR)⁴⁵, los cuales hacen parte de los compromisos acordados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, son fundamentales para llevar a cabo el proceso de reincorporación de los ex miembros de este grupo, proceso que corresponde a un aspecto esencial dentro de los acuerdos alcanzados entre las partes.

Así, el artículo 2º del Decreto 2026 de 2017 establece:

“Definición. Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR) son lugares para el desarrollo de actividades que faciliten la reincorporación a la vida civil en lo económico, lo social y lo productivo de los ex miembros de las FARC-EP debidamente acreditados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz en los términos del artículo 2º del Decreto-ley 899 de 2017 y realizar actividades misionales de las entidades del orden nacional y territorial destinadas a la comunidades aledañas”.

⁴³ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 68.

⁴⁴ “Contiene también el acuerdo “Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil –en lo económico, lo social y lo político- de acuerdo con sus intereses”. Sentar las bases para la construcción de una paz estable y duradera requiere de la reincorporación efectiva de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país. La reincorporación ratifica el compromiso de las FARC-EP de cerrar el capítulo del conflicto interno, convertirse en actor válido dentro de la democracia y contribuir decididamente a la consolidación de la convivencia pacífica, a la no repetición y a transformar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio”. *Ibíd*em, p. 8.

⁴⁵ Estos espacios fueron creados por el artículo 3º del Decreto 1274 de 2017: “La Zona Veredal Transitoria de Normalización (ZVTN) y el Punto Transitorio de Normalización (PTN), una vez terminados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del presente decreto, se transformarán en Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), a efectos de continuar el proceso de reincorporación de los exmiembros de las FARC - EP. La transformación de las zonas en Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR) no implica suspensión de la normalidad institucional ni del Estado social y democrático de derecho”.

viii) A través de los ETCR se busca asegurar el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Acuerdo Final y continuar con la implementación de este⁴⁶.

ix) La provisión de las Inspecciones de Policía es necesaria para la conservación del orden público, pues de acuerdo con lo establecido de manera expresa por el artículo 4º del Decreto 2026 de 2017, lo que se busca con dichas inspecciones es:

“[C]onservar la convivencia, la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas y de estas con los bienes y con el ambiente y, así mismo, ejercer las atribuciones legales correspondientes, en los términos de la ley”.

Igualmente, los inspectores de policía, como autoridades de policía y para preservar el orden público⁴⁷, tienen competencia para solucionar los conflictos de convivencia ciudadana⁴⁸.

x) La inspección de policía es crucial en orden a mantener el orden público en dichas zonas, dadas las problemáticas que acusan. Así, la Defensoría del Pueblo en el documento titulado “Informe Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación” indicó:

“En 12 de las 26 zonas se reportaron diferentes tipos de problemáticas asociadas al relacionamiento entre la comunidad, los excombatientes de las FARC-EP y los miembros de Naciones Unidas”⁴⁹.

xi) El éxito del proceso de paz, y por lo tanto la consecución de una paz estable y duradera, requiere que los ETCR cuenten con niveles adecuados de seguridad y tranquilidad. En esta dirección, la Defensoría del Pueblo señaló:

“Así las cosas, esta percepción de inseguridad e intranquilidad puede derivar en una deslegitimación del proceso y en un eventual abandono de algunos de los miembros de las FARC – EP originalmente concentrados en los distintos ETCR”⁵⁰.

xii) La provisión de las inspecciones de policía para los ETCR debe hacerse de forma rápida, toda vez que el término de duración de estos, en principio, es solamente de dos años. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 2026 de 2017, que dispone:

⁴⁶ “Que la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI), mediante el “Comunicado Conjunto número 19 Comunicado CSIVI sobre cumplimiento de compromisos, D+180 y siguiente fase de implementación” del 29 de mayo de 2017, con el propósito de asegurar el cumplimiento de los compromisos que prevé el Acuerdo Final, incluido lo relativo al D+180 y proyectar la siguiente fase de implementación, construyó una hoja de ruta mediante la cual se hará una “Conversión de las Zonas Veredales en Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación. Los Espacios servirán para capacitar a los integrantes de las FARC-EP para su reincorporación a la vida civil, preparar proyectos productivos y atender las necesidades de formación técnica de las comunidades aledañas, en un modelo de reincorporación comunitaria (...)””. Decreto 2240 de 2017, considerandos.

⁴⁷ “La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2014, C-813/14.

⁴⁸ “Corresponde a las autoridades de Policía el conocimiento y la solución de los conflictos de convivencia ciudadana”. Ley 1801 de 2016, artículo 198.

⁴⁹ Defensoría del Pueblo de Colombia. Informe Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, p. 32.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 88.

“Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR) podrán tener una duración de dos (2) años contados a partir de la fecha establecida en los artículos 1º y 2º del Decreto número 1274 de 2017. Lo anterior, sin perjuicio de la evaluación que permita al Gobierno nacional modificarlos, suprimirlos o prorrogarlos según las necesidades del caso, por razones de seguridad, de índole administrativo y cualquier otra que pueda presentarse”.

La temporalidad de los ETCR hace jurídicamente odioso e inaplicable cualquier recorte de la variable relativa a su duración, como la que se derivaría de sustraerle 4 meses.

Como se advierte, la presencia de una inspección de policía en los territorios mencionados se hace necesaria para mantener la normalidad institucional de la zona y facilitar la reincorporación de las personas que dejaron las armas en un ambiente de convivencia e interacción pacífica. Por lo tanto, es razonable que la provisión de cargos para las inspecciones de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación se pueda adelantar sin que para el efecto sea dable jurídicamente aplicar la restricción propia de los periodos preelectorales. Este análisis obedece a una interpretación sistemática de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley de Garantías Electorales⁵¹.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. ¿Es pertinente una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo relativo a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular?

⁵¹ Frente a una análisis sistemático de estas disposiciones, la Sala ha señalado: “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 2.005 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”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2006. Radicación número: Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00019-00(1720). “Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 *in fine* de la Constitución. Adicionalmente, las restricciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a “todos los entes del Estado”, con lo cual quedan incluidas las entidades territoriales. (...) En relación con el párrafo del artículo 38 de la ley 996, es claro que su campo de aplicación se refiere a las entidades territoriales pues en su parte inicial menciona una serie de autoridades del orden territorial y como se dijo, su alcance se refiere a elecciones en general, tanto territoriales como nacionales. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de junio de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00066-00(2011).

En virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por regla general, el Alcalde de Yopal, recién electo en elecciones atípicas, no puede modificar la nómina de la Alcaldía en la época preelectoral. Sin embargo, podrá hacerlo, excepcionalmente, en el caso de la aplicación de las normas de carrera administrativa y de la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos.

Por lo tanto, de llegarse a proveer un cargo por la citada autoridad, este debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014, la decisión que se tome en ese sentido debe:

- i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.
- ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.
- iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, en lo que respecta a la facultad de remoción, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría remover a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo.

Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público, de conformidad con los criterios trazados por la Sala en el año 2014.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

2. ¿Puede hacerse una eventual provisión de los cargos de inspector de Policía en el marco de lo previsto en la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, y el inciso 2º del artículo 4 del Decreto 2026 del 4 de diciembre de

2017 sin desconocer las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005?

La construcción de una paz estable y duradera requiere, como lo señaló el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, la reincorporación efectiva de los ex miembros de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país. El proceso de reincorporación constituye entonces un aspecto esencial para la consecución de la paz, la cual es un derecho fundamental y deber de obligatorio cumplimiento.

Con el fin de adelantar la reincorporación de los sujetos mencionados, se crearon los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, en los cuales se debe mantener en todo momento la vigencia del Estado Social de Derecho y la normalidad institucional. Una autoridad que contribuye a este objetivo, es el inspector de policía, el cual tiene como misión conservar la convivencia y la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, así como de estas con los bienes y con el ambiente.

Como es necesario mantener la normalidad institucional y facilitar la reincorporación de las personas que dejaron las armas en un ambiente de convivencia e interacción pacífica, y dada la duración temporal de los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, es razonable la provisión de los cargos de inspector de policía en estas zonas. La provisión tiene lugar a la luz de la excepción de defensa y seguridad nacional, que resulta aplicable en virtud del análisis sistemático de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley de Garantías Electorales.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala