



Función Pública

Concepto 057561 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000057561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000057561

Fecha: 02/02/2022 03:39:19 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO – Ley de garantías. Radicado: 20229000040622 del 21 de enero de 2022.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la imposibilidad de que sea trasladada una docente por encontrarse en vigencia la Ley de Garantías, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es preciso indicarle que esta Dirección Jurídica en el marco de lo dispuesto en el Decreto [430](#) de 2016, le dará respuesta a su consulta en relación a las restricciones dispuestas en la Ley de Garantías frente a la modificación de las plantas de personal en las entidades de la Rama Ejecutiva del orden territorial, y para el tema relacionado con las condiciones de traslado de los docentes, se remitirá al Ministerio de Educación Nacional para que se pronuncie dentro de sus facultades.

En las anteriores condiciones, es preciso abordar lo dispuesto en la Ley 996 de 2005¹, a saber:

“ARTÍCULO [38](#). Prohibiciones para los servidores públicos. (...)

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

Frente a la constitucionalidad del inciso 1° y 4° del párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia² consideró lo siguiente:

“El Artículo 38 establece algunas prohibiciones para los servidores públicos autorizados por la Constitución para el ejercicio de actividad política. Dentro de las prohibiciones se encuentran el presionar a sus subalternos para que apoyen determinada causa política, el difundir propaganda electoral en medios de comunicación oficiales, el favorecer laboralmente a quienes dentro de su entidad participen en igual causa política –a menos que tal favorecimiento provenga de la participación dentro de un concurso público de méritos–, el ofrecer beneficios a los ciudadanos para influir en su intención de voto y el despedir funcionarios de carrera por razones de buen servicio.

Además, establece en su párrafo unas prohibiciones dirigidas a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, durante los cuatro meses previos a las elecciones. Tales prohibiciones consisten en:

No celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

(...)

-

· *No modificar la nómina del ente territorial durante los cuatro meses previos a las elecciones, salvo provisión de cargos por faltas definitivas o aplicación de normas de carrera administrativa.*

La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el Artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el Artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el Artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...)

Pasando a las prohibiciones señaladas en el párrafo del Artículo 38, especialmente la consistente en participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, o de las entidades en las que los Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital participen como miembros de junta directiva para reuniones de carácter proselitista, la Sala encuentra que se presenta una inconstitucionalidad en las disposiciones en lo referente al condicionamiento a que la prohibición se dé cuando en estas reuniones participen candidatos a cargos de elección popular o sus voceros.

Para la Sala es claro que, independientemente de que en las reuniones proselitistas participe alguno de los sujetos mencionados en la norma, en procura de la garantía de la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público y el respeto de las disposiciones de índole presupuestal, para o en ninguna reunión proselitista puede destinarse recursos públicos. Tan reprochable en términos constitucionales es la destinación de recursos cuando en estas reuniones participen candidatos o sus voceros como aquel direccionamiento de fondos a reuniones de tal tipo cuando quienes participen de tales reuniones sean meros simpatizantes de determinado candidato o partido.

Si bien se permite constitucionalmente la participación en política de algunos funcionarios públicos tal participación no puede mezclar recursos públicos. La financiación estatal de las campañas está debidamente regulada por otras disposiciones del presente proyecto de ley y por Artículos de carácter constitucional y, por tanto, no puede provenir dinero del Estado de fuente y forma diferente a las estrictamente autorizadas en la ley.

En consecuencia, la Sala declarará inexecutable la expresión “en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco hacerlo cuando participen voceros de los candidatos”, contenida en el inciso primero del párrafo del Artículo 38. (...)

Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio

para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.

Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del Artículo 38 será declarado exequible.” (Subrayado fuera del texto original)

De las consideraciones anteriormente citadas, puede concluirse entonces que la Corte al examinar la constitucionalidad de las prohibiciones dispuestas en el Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consideró que para aquellas contenidas en el párrafo dirigidas a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, durante los cuatro meses previos a las elecciones de no celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos y la no modificación de la nómina del ente territorial, salvo provisión de cargos por faltas definitivas o aplicación de normas de carrera; desarrollan los principios de la función administrativa de moralidad, imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones públicas.

En relación a la dispuesto en el inciso primero del párrafo del Artículo 38, que consiste en promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo para promover reuniones de carácter proselitista; se encuentra preceptuada en procura de la garantía de la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público y el respeto a la normativa presupuestal, toda vez que la financiación de las campañas está debidamente regulada en los Artículos de la Ley 996 de 2005, y por tanto la financiación de dichas campañas no puede provenir de otra fuente diferente a las que estrictamente se encuentran autorizadas por la ley.

Entretanto, con respecto a la prohibición de modificar la nómina durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular en las entidades territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de entidades descentralizadas de cualquiera de los órdenes; esta obedece a la garantía de que no se utilice como medio para la campaña electoral y promueva la transparencia del actuar administrativo.

Es así como, de lo consagrado en el inciso 4° del párrafo del Artículo 38, puede interpretarse que las excepciones para la provisión de cargos por faltas definitivas, en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa y la eficacia de la administración; esta autorizando a que las entidades territoriales dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de cargos de elección popular modifiquen su plan de personal, en el caso que se requiera dentro de la administración proveer un cargo por necesidades del servicio, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente, o por aplicación de las normas de carrera administrativa.

Para la Corte, esta excepción a la prohibición sobreviene de la necesidad permanente de la administración que no puede dejar de inmutarse por encontrarse en periodo de campaña, evitando con esta la vulneración de la moralidad administrativa, toda vez que se están aplicando normas de carrera administrativa, por una parte, y por otra, se está atendiendo a las necesidades del servicio por renuncia o muerte de quien se encontraba como titular de un cargo que presenta vacancia en la actualidad.

Así entonces, en precedencia se encuentran aquellas restricciones que se suscitan dentro del marco de lo dispuesto en la Ley 996 de 2006, sin

embargo, y reiterando la falta de competencia de este Departamento Administrativo en relación a las condiciones de traslados docentes, se atenderá a lo que el Ministerio responda a su solicitud para que pueda darse solución a su consulta.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones. "

2. Corte Constitucional, Sala Plena, 11 de noviembre de 2005, Referencia: expediente PE-024, Consejero Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:33:00