



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20236000487311
Fecha: 13/10/2023 06:40:54 p.m.

Bogotá D.C.

Señora

Referencia: SITUACIÓN ADMINISTRATIVA. Encargo. Personal administrativo de las instituciones educativas de carácter oficial. **MOVIMIENTO DE PERSONAL.** Traslado. **EMPLEO.** En ley de garantías es procedente el traslado. **Radicado. 20232060874512 de fecha 15 de septiembre 2023.**

Reciba un cordial Saludo de función pública.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a esta dependencia por parte del Ministerio de educación el 15 de septiembre de 2023, mediante la cual solicita concepto en relación a los numerales 1, 3 y 4, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos en el mismo orden de su presentación:

A su primer interrogante mediante el cual pregunta en relación con: «1.Si en una Institución Educativa existe un administrativo nombrado en propiedad y los otros administrativos son provisionales, se puede designar como pagador a un administrativo provisional, existiendo un administrativo en propiedad y de mayor jerarquía; Tengo entendido que la ley al respecto de él encargo de pagador hace referencia a que solo debe ser para los servidores de carrera no provisionales, igualmente la vacancia definitiva existía pues el pagador anterior era técnico y cumplió la edad para ser pensionado.»

Respuesta: Sea lo primero señalar respecto de la naturaleza jurídica del empleo de tesorero lo siguiente:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...)

De acuerdo con lo anterior, los empleados públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros, de acuerdo con lo que determine la ley.

Con respecto a los empleos de libre nombramiento y remoción la Ley 909 de 2004¹ consagra:

“ARTÍCULO 5. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

“(...)” 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

(...) c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado: (Negrilla y subrayado fuera del texto original)”.

De conformidad con lo anterior, tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los criterios señalados en el numeral 2^a del Artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Respecto a los empleos que implican “administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”, resulta pertinente tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-306 de 1995, respecto del numeral 5 del Artículo 4 de la Ley 27 de 1992, que disponía que son de libre nombramiento y remoción los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales y que para ello requieran fianza de manejo”, en los siguientes términos:

“El numeral quinto del Artículo 4 de la ley 27 de 1992 clasifica a “los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales y que para ello requieran fianza de manejo” como servidores públicos de libre nombramiento y remoción. La norma contempla dos condiciones muy precisas, a saber: la administración de fondos, valores y/o bienes y la constitución de fianza de manejo, condiciones que no operan en forma independiente sino conjuntamente pues todos los que “administran” dichos bienes deben necesariamente constituir fianza, de donde se desprende que sólo los empleados que reúnan estos requisitos escapan al régimen de carrera, de modo que, quienes simplemente colaboran en la administración, y pese a que eventualmente se les exija fianza de manejo, no pueden ser considerados como empleados de libre nombramiento y remoción.

Para que el supuesto previsto en el numeral que se examina tenga lugar, se requiere además de la fianza, la administración directa de esos bienes y no la simple colaboración en esa tarea; en otros términos, la necesidad de constituir fianza, por sí sola, no determina la exclusión del régimen de

¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

carrera. Aparte de ese requisito, es indispensable analizar el grado de responsabilidad de los funcionarios en el manejo de los bienes, que torna patente el elemento esencial de la confianza que justifica el régimen de libre nombramiento y remoción, con independencia de que los funcionarios hagan parte de la administración. Así las cosas, el cargo propuesto no está llamado a prosperar". (Resaltado fuera de texto)

De otro lado, la Comisión Nacional del Servicio Civil en el año de 1993, en relación con lo previsto en el Artículo 4 de la ley 27 de 1992, que establecía como de libre nombramiento y remoción en el nivel territorial, "Los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales y que para ello requieran fianza de manejo" (núm. 5.), conceptuó lo siguiente:

"(...) Situación diferente ocurre con la expedición de la ley 27 de 1992, que en su Artículo 4 y exclusivamente para el nivel territorial dispuso una nueva clasificación a la consagrada para el nivel nacional (ley 61 de 1987).

En cuanto a los empleos de manejo la ley es muy clara al establecer que en el nivel territorial serán de libre nombramiento y remoción los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales. No obstante, lo anterior, para determinar si un empleo, cuyas funciones de acuerdo con el respectivo manual consisten en administrar fondos, valores y/o bienes oficiales, para cuyo ejercicio se requiere la constitución de fianza de manejo, es de libre nombramiento y remoción, es preciso entrar a definir el grado de responsabilidad de quienes los desempeñen, puesto que no todos los que tienen fianza de manejo administran fondos, bienes o valores estatales. En cambio, todos los que administran bienes y/o valores públicos requieren constituir fianza.

Existen empleos a cuyos titulares se les exige fianza de manejo, aunque no tienen las funciones de administrar valores o bienes, simplemente ayudan en el cuidado de éstos o colaboran con el administrador, como ocurre con los celadores, vigilantes, empleados a quienes se les asigna dentro de sus funciones el manejo de una caja menor, auxiliares de tesorería, de recaudaciones, de almacenes o expendedores de especies venales. Otros, por el contrario, tienen bajo su responsabilidad la administración directa de esos bienes, como ocurre con los tesoreros, recaudadores, pagadores y almacenistas, quienes necesariamente deberán tener fianza de manejo y estarán por fuera de la carrera administrativa. Pero quien habiendo constituido fianza solamente colabora con aquellos empleados responsables de la administración de bienes y/o valores, deberán ser de carrera administrativa. De ahí que el criterio para determinar si un empleo es de esta naturaleza, independientemente de la denominación que tenga el cargo, es de carrera o de libre nombramiento y remoción es la administración y no la fianza." (Subrayas fuera de texto).

En relación con lo anterior, el criterio general para que un empleo que tiene funciones de manejo de bienes y dineros del Estado sea clasificado como de libre nombramiento y remoción debe estar relacionado con el manejo directo de los mismos, y de tener la obligación de constituir fianza de manejo; reunidos estos dos requisitos, quienes ostenten un empleo de estas características estará por fuera de la carrera administrativa.

Así las cosas, de conformidad la jurisprudencia y con el Concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tienen bajo su responsabilidad la administración directa de esos bienes y/o valores del estado los tesoreros, recaudadores, pagadores y almacenistas, quienes necesariamente deberán tener fianza de manejo; estos empleos de

conformidad con el literal c del numeral 2 do del Artículo 5 de la Ley 909 de 2005 se clasifican como de libre nombramiento y remoción.

Teniendo en cuenta la norma antes descrita y para dar respuesta puntual a su consulta en criterio de esta Dirección Jurídica es preciso indicarle que, las vacancias de los empleos de libre nombramiento y remoción se suplen discrecionalmente por parte de la administración, por lo que, no es obligatorio acudir al encargo de empleados con derechos de carrera administrativa

A su tercer interrogante mediante el cual pregunta en relación con: “3. Si un Servidor Público ha sido objeto de acoso laboral, el cual se evidencio mediante escrito y después de pasado unos meses, lo llaman para informarle que presuntamente va a hacer trasladado sin motivo alguno y sin haber solicitado el traslado, solo porque los rectores actúan de forma amañada sin respetar los derechos y el debido proceso de los funcionarios de las instituciones educativas.”

Respuesta: En relación a los movimientos de personal el Decreto 1083 de 2015² establece que podrán efectuarse siempre y cuando el empleado se encuentre en servicio activo; encontrándose en él el traslado o permuta.

*“(…) **ARTÍCULO 2.2.5.4.2 Traslado o permuta.** - Hay traslado cuando se provee, con **un empleado en servicio activo**, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.*

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

*Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de **un organismo a otro**, con el lleno de los requisitos previstos en el presente Decreto*

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este decreto.

El traslado o permuta procede entre organismos del orden nacional y territorial. (...)

*“(…) **ARTÍCULO 2.2.5.4.3 Reglas generales del traslado.** El traslado se podrá hacer **por necesidades del servicio**, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.*

El traslado podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, siempre que el movimiento no afecte el servicio.

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

“ARTÍCULO 2.2.5.4.5 Derechos del empleado trasladado. El empleado público de carrera administrativa trasladado conserva los derechos derivados de ella y la antigüedad en el servicio.

Quando el traslado implique cambio de sede, el empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado, es decir, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su cónyuge o compañero (a) permanente, y sus parientes hasta en el primer grado de consanguinidad, así como también los gastos de transporte de sus muebles. (...) (Destacado nuestro)

Quando el traslado implique cambio de sede, el empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado, es decir, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su cónyuge o compañero (a) permanente, y sus parientes hasta en el primer grado de consanguinidad, así como también los gastos de transporte de sus muebles. (...)

De acuerdo con la norma transcrita, para dar aplicación a la figura del traslado debe existir un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, con igual asignación salarial y para el cual se exijan requisitos mínimos similares; así mismo, debe obedecer a necesidades del servicio o por solicitud del empleado, en este último evento, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio ni afecte la función pública.

Para atender los anteriores presupuestos, se considera pertinente que las entidades revisen las funciones generales contenidas en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, las cuales deberán guardar armonía con las funciones generales dispuestas en el capítulo 2 del título 2 del Decreto 1083 de 2015.

De acuerdo con lo anterior, al estudiar la solicitud de traslado o permuta de empleados, la administración deberá revisar que las funciones de los respectivos empleos sean afines o que se complementen.

Con respecto del acoso laboral que usted señala en su consulta, es preciso indicarle que la facultad del nominador para realizar movimiento de personal por necesidades del servicio es por la razón de ser de los cargos o empleos, ya que no son creados en función de quien los van a desempeñar, sino de acuerdo a las necesidades de la organización y a los objetivos de las funciones que le sean asignadas por la ley y la Constitución. Por esto, los movimientos de personal encuentran su fundamento en las facultades con que cuenta la administración para satisfacer el interés general por medio del mantenimiento del orden al interior de la administración pública, y la facultad discrecional no es absoluta para el nominador puesto que los actos administrativos que realizan cualquier movimiento dentro de una entidad respectiva deben sujetarse a la Constitución para velar por los derechos de los empleados.

Así las cosas, desde el Departamento Administrativo de la Función Pública no tenemos competencia para pronunciarnos en casos particulares frente a la posible configuración de una situación de acoso laboral y les corresponderá a las posibles víctimas de dichos comportamientos acudir ante el Comité de convivencia correspondiente, con las pruebas que los soporten, para que se adelanten las acciones necesarias, dentro del marco de confidencialidad a los que se refiere la Ley 1010 de 2006³.

A su cuarto interrogante mediante el cual pregunta en relación con: “4. Dado el periodo de ley de garantías y teniendo en cuenta la Ley 996 de 2005 y que las elecciones son de orden departamental y municipal es viable realizar traslados de personal por parte de la Secretaría de Educación Municipal. (...)”

Respuesta: Para dar respuesta a este interrogante es preciso tener en cuenta que la Constitución Política establece lo siguiente:

La Ley 996 de 2005⁴, consagró en los artículos 32 y 38, parágrafo, lo siguiente:

“Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

Parágrafo. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Destacado nuestro)

Conforme el artículo en cita, está prohibida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la **Rama Ejecutiva del Poder público** durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

Por otra parte, el artículo 38 *Ibíd*em preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)”

(...) PARÁGRAFO (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

³ Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

⁴ 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.

Como se observa el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra que 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 (sean del nivel territorial o nacional), 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.

En relación con el alcance de esta prohibición, La Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

«...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 parágrafo, 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.» (Subrayado fuera de texto)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto con radicación interna: 2207 del 1 de abril de 2014⁵, señaló:

a. Restricciones en materia de modificaciones a la nómina de los entes territoriales en periodos preelectorales. Artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005

⁵ Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00 (2207) / Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO / Referencia: Limitaciones a la provisión de empleos que afecten la nómina estatal en la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales

El inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 preceptúa:

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

(...) **“Parágrafo.-** Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

(...) **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.**” (Resalta la Sala)

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 de 2007, sobre este precepto sostuvo:

“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 (sic) el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos”.

De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la modificación de nómina de los entes territoriales:

1) Determinó que la finalidad de la restricción es promover la transparencia del actuar administrativo y garantizar que la provisión de cargos 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.

2) Fijó el alcance de la excepción a la norma restrictiva en relación a la necesidad del servicio.

3) 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.

Del artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, destaca la Sala los siguientes elementos:

(i) *Los límites temporales de la restricción*

El término que estableció el artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción sobre la modificación a la nómina en las entidades territoriales fue de cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Esta disposición consagra de manera genérica una serie de prohibiciones aplicables a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley -incluido el de Presidente de la República-. Por tanto, la norma abarca las elecciones presidenciales y las de carácter territorial.

(ii) *Los sujetos destinatarios de la prohibición*

*El artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, con el propósito de garantizar que **no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los 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, como medio para favorecer una campaña electoral.***

(iii) *Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecta la nómina estatal*

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 2004⁶; y (b) por la aplicación de las normas de carrera administrativa.

(iv) *El objeto de la prohibición*

⁶ Ley 909 de 2004. “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

m) Por muerte;

(...)”

Finalmente, el ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”.

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 administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos.

c) En la Ley 996 de 2005, el inciso final del parágrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente que la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio. Esa misma excepción se abrió campo frente al artículo 32 de la ley en virtud de la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-1153 de 2005, en la que señaló que es posible proveer los cargos vacantes por renuncia, licencia o muerte cuando estos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

d) El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

En este sentido resulta necesario determinar los alcances de la expresión “*indispensables para el cabal funcionamiento de la administración*”, con el fin de establecer los parámetros que permitan identificar los eventos en los cuales se pueden proveer los cargos vacantes de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, análisis que abordará la Sala a continuación.

2. El criterio de “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*”

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de las previsiones que restringen en periodos preelectorales las vinculaciones y modificaciones a la nómina estatal, la condición para que pueda efectuarse la provisión de los cargos vacantes, consiste en que sean “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*”.

Teniendo en cuenta la expresión utilizada en la Sentencia C-1153 de 2005, solicita el Ministerio consultante determinar los criterios que deben tener en cuenta los nominadores de la Rama Ejecutiva del poder público al momento de tomar la decisión de proveer los cargos vacantes y cumplir con la condición impuesta.

La Sala observa que la expresión “*indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública*” encierra un concepto jurídico que no admite una cuantificación o determinación rigurosa o categórica de antemano o en forma previa⁷. No obstante, este concepto puede y debe precisarse para su aplicación. Su precisión dependerá por una parte de los parámetros que han fijado las normas constitucionales y legales que regulan de una u otra forma el funcionamiento de la administración y los fines confiados a la misma, y por otra será resultado de la valoración ponderada y razonada que en cada caso corresponda efectuar al nominador en función de los intereses públicos que representa.

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 “*cabal funcionamiento de la administración pública*”.

En efecto, el artículo 209 de la Constitución Política prescribe que la función administrativa está al servicio de los intereses generales e indica los principios que la vinculan en los siguientes términos:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”

El artículo 3 de la Ley 489 de 1998 reiteró la disposición constitucional y además señaló que estos principios servirán como parámetro al momento de evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes. Indica al respecto:

⁷ Se trata de acuerdo con la doctrina de un concepto jurídico indeterminado, figura que se traduce en una técnica de control de la discrecionalidad de la administración, según la cual, aparentemente la autoridad puede tener varias alternativas de solución en una actuación a su cargo pero realmente una sola de ellas es la justa y jurídicamente admisible.

“Artículo 3º.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Parágrafo.- Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular”.

Asimismo, el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, señaló que los principios constitucionales y legales constituyen un criterio de interpretación para fijar el alcance material de las competencias de las autoridades públicas y consagró los siguientes principios:

“Artículo 3º. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

*(...)” 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.**” (Subrayado fuera de texto)*

En virtud del pronunciamiento anterior, afianza la jurisprudencia que el inciso final del parágrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio.

La prohibición del inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la ley 996, busca garantizar que no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los 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, como medio para favorecer una campaña electoral y busca promover la transparencia del actuar administrativo.

Así las cosas, [e]n vigencia de la restricción no es posible proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia o muerte indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En estos casos se pueden efectuar nombramientos provisionales⁸.

En ese sentido está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que **sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública**, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, 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.

Ahora bien, para el caso de consulta, esta Dirección Jurídica considera que en primer lugar, la entidad a la cual se refiere su petición, podrá evaluar la posibilidad de acudir a las opciones que otorgan la Ley que no implica nuevos nombramientos o modificación de la planta de personal prohibido por la Ley de garantías, tales como: nombramientos por concurso docente, utilización de listas de elegibles, redistribución de cargas académicas, asignación de funciones, traslados de personal, encargos, comisiones y demás movimientos de personal docente que permitan garantizar la efectividad en la prestación del servicio educativo.

En el evento de encontrarse ante situaciones urgentes que requieran proveer los cargos para solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, señala la Corte 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.

Para tal efecto, la entidad correspondiente deberá analizar la existencia real y verificable de estas situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la

⁸ Circular Conjunta 100-006 de 2021 Presidencia de la Republica

provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público. Dicho análisis, se reitera, corresponde a la entidad y deberá expresarlo a través de la motivación del correspondiente acto administrativo.

Con relación al interrogante No. 2 de su consulta, teniendo en cuenta su competencia la misma fue resuelta por el Ministerio de Educación Nacional.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web Gestor Normativo puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,



BIBIANA PARRA ARIZA
Directora Jurídica (E)

Proyectó: Carolina Rivera
Revisó: Maia Borja
Aprobó: Bibiana Parra Ariza.

11602.8.4