



Función Pública

Concepto 123691 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000123691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000123691

Fecha: 25/03/2022 07:51:34 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: CARRERA ADMINISTRATIVA â Período de prueba â Licencia para ejercer período de prueba en otra entidad â Vinculación en ley de garantías â RADICACIÓN: 20222060102662 del 28 de febrero de 2022.

Respetada señora Amanda:

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte de la Directora de Administración de Carrera Administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual consulta:

“Una entidad distrital tiene una contadora, quien ha ganado un concurso en otra entidad. Ella se irá a su nuevo cargo en el mes de marzo, y dejará encargado a otro jefe de departamento de la entidad. Esta persona deja su puesto pero pide una licencia para ver si le gusta su nuevo puesto o si decide regresar. El caso es que como la persona que será encargada no sabe nada de la parte contable de la entidad, una contratista será la que colabore con el “contador encargado”. La pregunta es, si pueden contratar a esta contratista como funcionaria provisional por el tiempo que la contadora titular permanezca fuera. Realmente sería una decisión muy buena ya que ella conoce muy bien la entidad y se merece el cargo, aunque sea temporal. La entidad dice que no se puede, porque estamos justo en ley de Garantías.

Es eso verdad? Realmente no la pueden contratar así sea por poco tiempo? Que pasa si la otra persona decide no regresar, y se pierde la oportunidad para esta contratista? Hay alguna ley o norma que permita esta vinculación temporal, atípica pero muy positiva, tanto para la entidad como para las personas que laboran en el área contable.

Agradezco me den a conocer la normativa que impide este tipo de contratación en un caso tan singular.” (SIC), me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, con relación a los supuestos de hechos mencionados en su consulta, se señala que: *“Una entidad distrital tiene una contadora, quien ha ganado un concurso en otra entidad. Ella se irá a su nuevo cargo en el mes de marzo, y dejará encargado a otro jefe de departamento de la entidad. Esta persona deja su puesto pero pide una licencia para ver si le gusta su nuevo puesto o si decide regresar.”* (subraya nuestra)

De lo anterior, aunque no se menciona el tipo de nombramiento de la contadora, debe aclararse en primer lugar que, la Ley 909 de 2004, “por la

cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece:

“ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

(...)

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional”. [...] (Negrita y subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, los empleados que tienen derechos de carrera administrativa y superan concurso de méritos en otra entidad, tienen derecho a conservar su empleo mientras superan el periodo de prueba y, por tal razón, la figura a la que se acude es la declaración de la vacancia temporal del empleo del cual son titulares; es decir, continúan con la titularidad del cargo hasta tanto adquieran derechos sobre el nuevo empleo.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015¹, indica:

ARTÍCULO 2.2.5.5.1 *Situaciones administrativas.* El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. En servicio activo.

2. En licencia.

(...)

7. En periodo de prueba en empleos de carrera.

(...)

“ARTÍCULO 2.2.5.5.49 *Período de prueba en empleo de carrera.* El empleado con derechos de carrera administrativa que supere un concurso para un empleo de carrera será nombrado en período de prueba y su empleo se declarara vacante temporal mientras dura el período de prueba.”

ARTÍCULO 2.2.5.5.3 *Licencia.* Las licencias que se podrán conceder al empleado público se clasifican en:

1. No remuneradas:

1.2. Ordinaria.

1.3. No remunerada para adelantar estudios

2. Remuneradas:

2.1 Para actividades deportivas.

2.2. Enfermedad.

2.3. Maternidad.

2.4. Paternidad.

PARÁGRAFO. Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley. (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, entre las situaciones administrativas en las que se puede encontrar un empleado público durante su relación legal y reglamentaria, se encuentra la licencia y en periodo de prueba en empleos de carrera. Durante las licencias, el empleado conserva su calidad de servidor público y por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del estado ni celebrar contratos con las mismas.

Así las cosas, será importante aclarar en primer lugar que en virtud del artículo 2.2.5.5.49 del Decreto 1083 de 2015 solo los empleados de carrera, tienen derecho a que se declare la vacancia en los empleos en los cuales son titulares, mientras dura el período de prueba respectivo y, por lo tanto, dicha disposición no es de aplicación para quienes se encuentran vinculados a la administración mediante nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción.

Como segundo punto, deberá aclararse que la figura para ejercer el periodo de prueba para un empleado de carrera administrativa no será la licencia, sino la situación administrativa “en periodo de prueba en empleos de carrera.”

En consecuencia, en el caso de la contadora de su consulta, deberá determinarse la naturaleza del mismo, toda vez que para que un empleado nombrado en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción pueda acceder al periodo de prueba del cargo de carrera en el cual superó el concurso, debe haber renunciado previamente al cargo que desempeña en provisionalidad.

En cuanto a su interrogante que indica que “*si pueden contratar a esta contratista como funcionaria provisional por el tiempo que la contadora titular permanezca fuera*”, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, que tiene como finalidad garantizar la transparencia en los comicios electorales, señaló en los artículos 32 y 38, lo siguiente:

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

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

“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 fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la nómina de la respectiva 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 generadas con ocasión de renuncia, licencia o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración. Así como las designaciones que se realicen en aplicación de las normas de carrera administrativa.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia C- 1153/05 del 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo:

“c. Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal

El artículo 32 indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

(...)

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”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, se entiende 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. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia por renuncia, licencia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

Señala la Corte que, 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

A su vez, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, consejero Ponente: Alvaro Namén Vargas, conceptuó:

“...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”. (Subrayado fuera de texto)

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.

La interpretación sistemática del inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 (8) impone que esa expresión sea analizada, además, en función de otras normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentran los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, que ordenan a los gobernadores y alcaldes designar a los funcionarios responsables del control interno para continuar la lucha contra la corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, indispensables en orden a obtener el cabal funcionamiento de la administración.

Bajo este entendimiento, la expiración del periodo fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva (9) y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de

la Ley 996 de 2005, de suerte que habilita la designación de su reemplazo por parte del nominador territorial aún encontrándose en curso la campaña electoral de un cargo de elección popular. No se trata en este caso de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Así, la expresión “falta definitiva” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario.

En conclusión, la expresión “por faltas definitivas” incluye el supuesto de hecho descrito en la consulta, lo que significa que los alcaldes y gobernadores pueden hacer la designación de los funcionarios responsables de control interno de las entidades del orden territorial, una vez expirado el término de duración del periodo correspondiente, incluso dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. (...)”

De acuerdo con la interpretación del Consejo de Estado plasmada en el concepto con Radicación Interna No. 2182 del 12 de diciembre de 2013, la expresión “falta definitiva” no se limita a la muerte o renuncia del funcionario, sino que abarca otras causas legales de retiro del servicio, teniendo en cuenta que el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario. Es decir, la falta definitiva puede originarse por causales diferentes a la muerte o renuncia, y la provisión del cargo es posible en la medida en que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión.

Según esta Corporación, en estos casos no se trata de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio.

Como puede observarse, la interpretación del Consejo de Estado es concordante con la posición de la Corte Constitucional, que expresó en la sentencia C-1153 de 2005, 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 que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

En conclusión, en concepto de esta Dirección Jurídica, en caso de presentarse vacancias definitivas en empleos públicos, como consecuencia de renuncia irrevocable o muerte del empleado, u otras causas legales de retiro del servicio y una vez verificado que dentro de la planta de personal de la entidad, no se cuenta con la existencia de empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil requeridos en el manual específico de funciones, que puedan ser encargados en dichos empleos; se podrá acudir al nombramiento en provisionalidad, siempre que dicho nombramiento sea indispensable para la administración.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado y acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado, le corresponderá a la Administración analizar en cada caso en concreto si se cumplen las condiciones de que posibiliten la provisión del cargo, esto es, que sea indispensable por necesidades del servicio, para garantizar el cabal funcionamiento de la Administración Pública y para evitar que se afecte el buen servicio de no efectuarse la provisión, dentro del término de la prohibición consagrada en la Ley de Garantías Electorales

Es decir, la administración deberá justificar la imprescindible necesidad de proveer el empleo, dentro del término de la prohibición consagrada en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en caso de que las funciones del mismo no puedan encargarse o asignarse a otro empleado de la entidad.

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 /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: A. Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

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

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:52:48