



Concepto 263431 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000263431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000263431

Fecha: 27/06/2023 02:36:17 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: Tema: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Subtemas: Comisión para ocupar empleo de libre nombramiento y remoción. Empleados otra entidad. Radicado: 20232060292282 de fecha 17 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual plantea los siguientes interrogantes: PRIMERA: *¿Es un requisito para posesionarse en el nuevo empleo de carrera administrativa, que las personas que ostentan derechos de carrera administrativa en las diferentes entidades públicas hagan efectiva la vacancia temporal del empleo mediante resolución para que así se pueda posesionar en el nuevo empleo público y se evite la vulneración del artículo 128 de la Constitución Política de Colombia?* SEGUNDA: *¿Es legalmente viable que la entidad de orden territorial exija a la persona en el nuevo empleo, la Resolución antes de la posesión que declara la vacancia temporal del primer empleo?* TERCERA: *¿Pueden las entidades públicas incurrir en algún tipo de sanción, sea disciplinaria, penal o sancionatoria al exigir requisitos adicionales que no estén contemplados en la norma, como lo es en este caso la exigencia de la Resolución que declara la vacancia en mención?*

De conformidad establecido en el Decreto 430 de 2016¹ este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

El presente concepto se enmarca dentro de la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

A efectos de atender los cuestionamientos planteados, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 128 lo siguiente:

ARTICULO 128. *Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

El 1083 de 2015², modificado por el artículo 1 de Decreto 648 de 2017, establece, entre otros aspectos, lo siguiente:

(...)

Artículo 2.2.5.1.8 Posesión. *La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.*

(...)

Artículo 2.2.5.1.10 Eventos en los cuales no puede darse posesión. *No podrá darse posesión cuando:*

(...)

La persona nombrada desempeñe otro empleo público del cual no se haya separado, salvo las excepciones contempladas en la ley.

(...)

“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 declarará vacante temporal mientras dura el período de prueba.”

De otra parte, el numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004³

Período de prueba.

(...)

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.

(...)

En este sentido, la información publicada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto de cómo debe proceder la entidad, cuando un servidor público con derechos de carrera administrativa es nombrado en período de prueba en otro empleo de carrera, ya sea en la entidad en la que se encuentra vinculado o en otra; señala que:

“El servidor inscrito en carrera que con ocasión de un proceso de selección ocupe un orden de elegibilidad que le permita ascender por mérito a otro empleo de carrera administrativa, comunicará su nombramiento en periodo de prueba a la entidad en la que se encuentra vinculado, así como la fecha en la que tomará posesión del cargo, para que se proceda a declarar la vacancia temporal del empleo que desempeña, la cual se hace efectiva a partir del momento en que tome posesión en periodo de prueba.”

En lo que hace referencia a la exigencia de requisitos adicionales a los previstos en la normatividad vigente, la Constitución Política de Colombia. Señala entre otros aspectos, lo siguiente:

«ARTÍCULO 6.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones.» (Negrilla fuera de texto)

Artículo 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. (negrilla fuera de texto)

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

(...)

Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (...)

Por su parte, la Ley 1952 de 2019⁴, respecto de la falta disciplinaria señala:

ARTÍCULO 26. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, exlimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley.

ARTÍCULO 27. Acción y omisión. La falta disciplinaria puede ser realizada por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por exlimitación de sus funciones.

(...)

ARTÍCULO 38. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derechos humanos y derecho internacional

humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos, de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.
(...)

ARTÍCULO 39. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

De acuerdo con las disposiciones citadas, i) nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; ii) no puede darse posesión cuando la persona nombrada desempeñe otro empleo público del cual no se haya separado; iii) 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.

Conforme a lo hasta aquí expuesto y, para dar respuesta puntual a su consulta, esta Dirección Jurídica da respuesta a sus inquietudes en los siguientes términos:

PRIMERA PREGUNTA: *¿Es un requisito para posesionarse en el nuevo empleo de carrera administrativa, que las personas que ostentan derechos de carrera administrativa en las diferentes entidades públicas hagan efectiva la vacancia temporal del empleo mediante resolución para que así se pueda posesionar en el nuevo empleo público y se evite la vulneración del artículo 128 de la Constitución Política de Colombia?*

RESPUESTA: De acuerdo a las disposiciones transcritas el empleado público de carrera antes de posesionarse en otro empleo de carrera, la entidad en la cual es titular del empleo debe haber definido su situación administrativa antes de tomar posesión para iniciar su periodo de prueba, sin que ello implique un requisito para posesionarse.

SEGUNDA: *¿Es legalmente viable que la entidad de orden territorial exija a la persona en el nuevo empleo, la Resolución antes de la posesión que declara la vacancia temporal del primer empleo?*

RESPUESTA: La persona que se vaya a posesionar en periodo de prueba por haber superado un concurso y tenga derechos de carrera en otra entidad debe contar con el acto administrativo por medio del cual *su empleo se declara vacante temporalmente mientras dura el período de prueba.*

TERCERA: *¿Pueden las entidades públicas incurrir en algún tipo de sanción, sea disciplinaria, penal o sancionatoria al exigir requisitos adicionales que no estén contemplados en la norma, como lo es en este caso la exigencia de la Resolución que declara la vacancia en mención?*

RESPUESTA: De acuerdo con las competencias de éste Departamento no es dable pronunciarnos sobre la presente inquietud, corresponderá a los entes de control evaluar y determinar si la omisión a la que hace referencia se enmarca como falta disciplinaria y en consecuencia es sancionable.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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

Proyecto: Gustavo Parra Martínez Revisó. Maia Borja.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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

4 Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:15:24