



Concepto 081401 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000081401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000081401

Fecha: 17/02/2022 02:49:58 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEOS. Provisión. ¿Es viable realizar movimientos de personal de prueba de empleos que fueron ofertados en convocatoria pública del SENA para dar vía a la contratación de personas, argumentando falta de personal de planta para realizar las funciones? RADICADO: 20229000017032 del 12 de enero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual manifiesta que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó la Convocatoria 436 de 2017 que buscó proveer en forma definitiva vacantes conformadas de la siguiente manera: Asesor, Profesional, Instructor, Técnico, Asistencial, y que estas se dieron por necesidad, análisis de la planta de personal de la época y al estudio de perfiles y cargas de trabajo. Por lo que realiza varios interrogantes relacionados con los movimientos de personal durante periodo de prueba de empleos que fueron ofertados en convocatoria pública.

Al respecto, me permito indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo 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 pronunciarse sobre casos particulares, pues dicha competencia le asiste a la entidad que conoce la situación de sus empleados; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

No obstante lo anterior, me permito dar respuesta a sus interrogantes en el siguiente orden:

¿Si las vacantes se ofertaron de acuerdo con necesidades (funciones y dependencias de acuerdo a necesidades), en la actualidad estos cargos se pueden mover a otras dependencias, para dar vía a la contratación de personas, argumentando falta de personal de planta para realizar las funciones?

En primer lugar es necesario indicar que, el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993² señala que los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el Artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Así las cosas, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la administración que no pueden estar previstas en la planta de personal.

Respecto de los contratos de prestación de servicios, la Corte Constitucional mediante Sentencia C 614 de 2009, indicó:

"La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que

se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos."

(...)

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contenciosos administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se comina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas."

La misma corporación, mediante sentencia C-171 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, señaló:

"Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado." (Subraya fuera de texto)

Se infiere entonces que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación. Como puede observarse, para la Corte los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones.

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que la suscripción de órdenes de prestación de servicios en las entidades públicas que requieran desarrollar actividades relacionadas con el quehacer de las mismas, procede siempre que se cumplan las condiciones que se han plasmado en el presente concepto a saber, cuando es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; se celebrarán por el término estrictamente indispensable y que la persona a contratar demuestre idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área o tema de que se trate.

En consecuencia y dando respuesta a su inquietud, la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural depende del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales porque de acuerdo con el manual de funciones específico no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar el servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente.

Por otra parte, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto Ley 3074 de 1968 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968" en el Artículo 2 señala:

"ARTÍCULO 1. Modifíquese y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. quedará así: *Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición, es viable indicar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual la entidad deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la creación de los cargos que demanda para el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo.

A su vez, el Artículo 17 de la Ley 909 de 2004³, establece:

"ARTÍCULO 17. Planes y plantas de empleos.

1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:

- a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;*
- b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;*
- c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado.*

2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano."

En consecuencia, las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la ley en cita, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos, para lo cual deberán calcular los empleos necesarios para atender las necesidades presentes y futuras que se deriven del ejercicio de sus competencias.

Ahora bien, al analizar el sentido de la expresión *"actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"* a que hace referencia el numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en sentencia con Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00052- 00(2003) del 19 de agosto de 2010, Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, expresó:

"De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de "administración o funcionamiento", cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande.

En su interpretación gramatical (7), los vocablos "administración" y "funcionamiento" definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como "de apoyo" y "misionales". Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo define. La jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante al respecto; por ejemplo:

"La Sala considera que el sentido genuino de la expresión "...actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad" es la de servir de marco para las actividades que desarrollará el contratista, pero no la de hacer viable cualquier contratación referida con tales actividades. En este caso puntual, asume una interpretación restrictiva por cuanto la expresión transcrita debe guardar relación con el literal d) del numeral 1 del Artículo 24 de la ley 80 de 1993 y con el decreto 2170 de 2002. Este último, a pesar de ser reglamentario de la ley, aporta elementos que vistos en conjunto con la ley 80 de 1993 y la ley 489 de 1998 limitan la interpretación. De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales estarán facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios con personas jurídicas bajo las siguientes limitaciones, provenientes del mismo estatuto de contratación: que sean servicios profesionales o trabajos artísticos que sólo puedan ser encomendados a determinadas personas jurídicas; o que comprendan el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; o que brinden apoyo a la

gestión de la entidad cuando no hubiere personal suficiente para el servicio que se va a contratar, o cuando se trate de fines específicos; para todos los objetos señalados, que el contrato tenga una duración temporal, restringida a lo estrictamente necesario. Es decir, la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998."(8)

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha señalado que en este tipo de contrato "el grado de autonomía de la administración se ve ostensiblemente limitado", y que "su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido", de modo que si dicho objeto se convierte "en ordinario y permanente", la entidad debe adelantar los trámites necesarios para crear los empleos respectivos en su planta de personal y apropiar los recursos para sus emolumentos, en cumplimiento del Artículo 122 constitucional.(9)"

Conforme con lo anterior, los vocablos "administración" y "funcionamiento" definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como "de apoyo" y "misionales". Por tanto, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere con sujeción a las normas vigentes.

Así mismo, se reitera que esta Dirección Jurídica, a través de los conceptos jurídicos que emite, ha reiterado en numerosas oportunidades que el ejercicio de las funciones de carácter permanente en las entidades públicas no pueden ser desarrolladas a través de contratos de prestación de servicio, de conformidad con la prohibición señalada en el Artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993 y del Artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 de 2002 y ha insistido en la necesidad de contar con personal de planta para el ejercicio de funciones misionales, así como el control efectivo que al interior de las entidades debe hacerse a los contratos de prestación de servicios que suscriban para desarrollar funciones de apoyo.

Es necesario precisar que a las entidades no se les restringe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicio siempre y cuando éstos se enmarcan dentro de los lineamientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, previamente citada, los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones.

Por lo anterior, se considera que, al momento de analizar la viabilidad de efectuar contrataciones por prestación de servicios, las entidades deberán establecer si el objeto contractual es de carácter permanente o transitorio, y revisar que no haga parte del giro ordinario de las labores encomendadas o misionales, o que siendo parte de ellas no puedan ser ejecutadas con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.

Ahora bien, respecto de la posibilidad para que un servidor vinculado en período de prueba pueda ejercer otras funciones diferentes a las del cargo, la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente:

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

«[...]

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.

[...]

El Decreto 1083 de 2015⁴, en relación con el período de prueba señala:

"ARTÍCULO 2.2.6.29_Derechos del empleado en periodo de prueba. El empleado que se encuentre en período de prueba tiene derecho a permanecer en el cargo por el término de éste, a menos que incurra en falta disciplinaria o causa legal que ocasione su retiro. Durante este período no se le podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso". (negrilla nuestra)

De conformidad con las disposiciones citadas, la persona no inscrita en carrera, que sea nombrada en período de prueba, previo concurso de mérito, será evaluada en el desempeño de sus funciones al finalizar los seis (6) meses de dicho período, si obtiene evaluación satisfactoria adquiere los derechos de carrera, de lo contrario su nombramiento será declarado insubsistente.

Así mismo, la persona nombrada en período de prueba mientras dure éste, no se le podrá asignar funciones distintas a las señaladas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso, y le asiste el derecho de permanecer en el cargo para el cual concursó por el término del período de prueba, a menos que incurra en falta disciplinaria o causa legal que ocasione su retiro.

En conclusión, de acuerdo al Artículo 2.2.6.29 del Decreto 1083 de 2015, durante este período no se le podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso.

¿Los cargos ofertados en esta convocatoria pueden ser movidos entre dependencias misional y/o administrativa para abrir espacios para la contratación de apoyos, profesionales y demás?

En respuesta a este interrogante, esta Dirección Jurídica reitera que, de acuerdo con la normativa indicada, durante el período de prueba no se podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso.

En todo caso, la entidad deberá tener en cuenta el ejercicio de las funciones de carácter permanente en las entidades públicas no pueden ser desarrolladas a través de contratos de prestación de servicio, de conformidad con la prohibición señalada en el Artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993 y del Artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 de 2002, por lo que esta Dirección Jurídica ha insistido en varios pronunciamientos en la necesidad de contar con personal de planta para el ejercicio de funciones misionales, así como el control efectivo que al interior de las entidades debe hacerse a los contratos de prestación de servicios que suscriban para desarrollar funciones de apoyo.

Por lo expuesto, esta Dirección Jurídica no considera viable realizar movimientos de personal durante el período de prueba en empleos que fueron ofertados para efectos de argumentar falta de personal que fundamente la suscripción de contratos de prestación de servicios. Ante tal necesidad, la entidad deberá tener en cuenta lo antes señalado y lo que indica la jurisprudencia sobre el tema y que ha sido expuesto a lo largo del presente concepto.

Ahora bien, es importante señalar que, el Decreto 1083 de 2015, señala frente a la posibilidad de realizar movimientos de personal por parte de las entidades públicas, o siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.5.4.1_Movimientos de personal. A los empleados que se encuentren en servicio activo se les podrá efectuar los siguientes movimientos de personal:

Traslado o permuta.

Encargo.

Reubicación

Ascenso."

(...)

En ese orden de ideas, la administración podrá realizar, por necesidades del servicio, los movimientos de personal que se indican en la norma previo el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Ley. Al respecto, es importante indicar que, cuando una entidad tiene planta global, cada empleo de la entidad pertenece a ella en general y no a cada dependencia en particular, siendo competencia del jefe del organismo distribuir los cargos y ubicar el personal de acuerdo con las necesidades del servicio.

Producido este acto y comunicado al empleado que esté ocupando el cargo reubicado, dicho empleado pasa con su cargo a la dependencia a la

cual está siendo reubicado, por consiguiente, y dado que no existe un cambio de empleo por cuanto, las funciones generales como los requisitos mínimos, son iguales y el empleado no debe posesionarse nuevamente.

En este orden de ideas, cuando se trate de plantas globales, la Entidad tiene la competencia para trasladar o reubicar el cargo donde lo requiera, donde se asumirán las funciones del área donde esté ubicado, siempre y cuando sean de la misma naturaleza y nivel jerárquico donde es titular, de tal forma que no se desnaturalice el empleo.

De conformidad con lo anterior, si bien es cierto durante el período de prueba no es procedente efectuar movimientos que impliquen el ejercicio de funciones diferentes a las del concurso, una vez superado el mismo, la Administración por necesidades del servicio podrá efectuar el traslado o la reubicación de empleos que considere.

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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

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 Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

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 la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

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

⁴ Decreto único reglamentario del sector función pública

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:20:50