



Función Pública

Concepto 80201 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000080201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000080201

Fecha: 20/06/2014 09:38:32 a.m.

Bogotá, D.C.,

REF.- RETIRO.- ¿Cuál es la situación de un empleado público que nombrado en período de prueba no supera el mismo y que aún no ha sido declarado insubsistente? ¿Es viable que en vigencia de la Ley de Garantías Electorales un empleado público sea declarado insubsistente y por ende sea retirado del servicio en razón a que no superó el período de prueba? RAD. 20142060077902 del 28 de Mayo de 2014.

1.- En atención al primer interrogante de su consulta, en la cual pregunta por la situación de un empleado nombrado en período de prueba que no supera el mismo y no ha sido declarado insubsistente; me permito manifestarle que como quiera que el empleado no superó el período de prueba, mientras la entidad profiere la decisión que corresponda conforme la Ley 909 de 2004, el empleado respectivo seguirá nombrado en período de prueba, con evaluación insatisfactoria.

2.- En relación con su segundo interrogante, referente a establecer si es viable declarar insubsistente a empleado público que no superó el período de prueba, y por ende retirarlo del servicio, me permito manifestar:

El artículo 31 de la Ley 909 de 2004 señala sobre el período de prueba lo siguiente:

“(…)

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.

(…)” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la normativa citada y frente a su consulta, se puede concluir que la persona no inscrita en carrera administrativa y nombrada en período de prueba por ser seleccionada mediante concurso de mérito, al finalizar dicho período de prueba será evaluado, de no obtener calificación satisfactoria, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente y como consecuencia de ello retirado del servicio.

Ahora bien, respecto de la viabilidad de retirar a un empleado público en vigencia de la Ley de Garantías, por haber sido declarado insubsistente, me permito indicarle:

La Ley 996 de 2005, en los artículos 32 y 38 prohíbe la modificación de las nóminas de las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Poder Público durante cuatro (4) meses antes de las elecciones a cargos de elección popular; esto quiere decir, que no es viable la creación o supresión de empleos que afecten la nómina de las entidades públicas, tampoco será viable el retiro y vinculación de servidores públicos.

Ahora bien, el inciso cuarto del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consagra dos excepciones a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “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 2004¹.

En relación con el alcance de la prohibición contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal de que trata el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por su parte, el Consejo de Estado mediante concepto No. 1839 de julio 26 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto a la prohibición contenida en el Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las entidades territoriales, señaló:

“II. Sujetos o destinatarios de las prohibiciones del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Desde una perspectiva subjetiva, es necesario distinguir entre las prohibiciones contenidas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° y las contenidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

(...)

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta que el retiro de un empleado público por la no superación del período de prueba, y su posterior declaratoria de insubsistencia constituye una causal legal de retiro del servicio, consagrada, como ya se advirtió, en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

No se trata en este caso de la desvinculación de un empleado en un cargo público para favorecer una campaña electoral, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino de la configuración de una causal legal de retiro del servicio por imperativas razones del servicio, teniendo en cuenta que no superar el período de prueba imposibilita que un empleado público siga vinculado como tal en una entidad pública.

En este punto, es importante recordar lo señalado por 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: Álvaro Namén Vargas, en el cual se afirmó:

“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.”

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia anteriormente señalada, es posible concluir que si al realizar la evaluación del período de prueba de un empleado público, la administración determina que no supera el mismo, será viable la desvinculación a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento aun en vigencia de la Ley de Garantías Electorales, teniendo en cuenta que se trata de un retiro sustentado en el inciso segundo del numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que establece que *“De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.”*

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ La Ley 909 de 2004 señala: “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; (…). ”

Harold Herreño/ CPHL/GCJ-601

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:23:38