



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000151241

Fecha: 07/09/2015 02:03:46 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor
JORGE ENRIQUE GONZALEZ BOPHORQUEZ
Correo electrónico: jorgegonzalez@yahoo.com

REFERENCIA: EMPLEOS. Resulta viable vincular a una entidad pública de la Rama Ejecutiva a una persona que solicita prestar su servicio como judicante ad-honorem en vigencia de ley de garantías electorales. **RADICACION: 20159000138952** del 28 de julio de 2015

Respetado señor, cordial saludo:

En atención al asunto de la referencia, me permito informarle que esta Dirección Jurídica se pronunció frente al mismo objeto de su consulta mediante concepto 2146000059941 del 13 de mayo de 2014, que ser anexa para su información y del cual se concluyó lo siguiente:

“Como puede observarse de la norma y jurisprudencia de la Corte Constitucional anteriormente trascrita, las personas que presten este servicio, merced a la oportunidad que le brinda el Estado, cumplen con un requisito indispensable para obtener el título que les acredite como profesionales, adquiriendo experiencia laboral, conocimientos prácticos y teóricos que redundan en el posterior ejercicio de quien desempeña esta práctica jurídica, y que es lo que identifica las llamadas pasantías en el orden profesional y universitario.

Ahora bien, esta judicatura ad honórem tiene las siguientes características de conformidad con la Ley 1322 de 2009:

- *Que quien preste este servicio no recibirá remuneración alguna.*
- *No existe vinculación laboral con el Estado.*
- *La prestación de este servicio ad honórem es de dedicación exclusiva, desarrollándose de tiempo completo durante nueve (9) meses que dure la práctica.*

Por lo tanto, para dar respuesta a su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica las prohibiciones contenidas en los artículos 32 y 38 parágrafo de la ley de garantías electorales, las cuales hacen referencia a la suspensión de 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, no tienen una aplicación directa frente al ingreso de un judicante ad honórem en una entidad de la Rama Ejecutiva.

Lo anterior, considerando que en la Ley 1322 de 2009, quien preste este servicio no recibe remuneración alguna y sobre todo, no tiene una vinculación laboral con el Estado, es decir, con el ingreso de un judicante ad honórem no se está generando una carga salarial y prestacional al no tener un vínculo laboral con la entidad a la cual es aspirante pretende realizar su práctica jurídica, por lo que no se está ante una vinculación que afecte la nómina estatal. “



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

Cordialmente,

Claudia Hernández L
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

R. Gonzalez / JFCA
600.4.8
Anexo: oficio 2146000059941 del 13 de mayo de 2014 en cuatro folios



Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 2014600059941
Fecha: 13/05/2014 02:09:50 p.m.

Bogotá D. C.,



REF.: VARIOS. Resulta viable vincular a una entidad pública de la Rama Ejecutiva a una persona que solicita prestar su servicio como judicante ad-honorem en vigencia de ley de garantías electorales. **RAD.: 20149000049442** de fecha 28/03/2014.

Respetada señora.

En atención al asunto de la referencia, me permito informarle lo siguiente:

1.- Respecto a las prohibiciones de modificar la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, la Ley 996 de 2005¹ en sus artículos 32 y 38 dispone 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)

Frente a las excepciones para modificar la respectiva nómina estatal, 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 parágrafo 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

¹por 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.





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 esté 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".

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.





2.- Respecto a la judicatura ad honórem, podemos indicar que esta es un requisito alternativo para optar al título de abogado, en donde, el estudiante, una vez terminado el plan de estudios, puede prestar sus servicios en los cargos y entidades reconocidos por la ley, por un periodo no inferior a nueve meses, en jornada de trabajo ordinaria y con dedicación exclusiva.

Frente a la judicatura como auxiliar jurídico ad honórem en los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, la Ley 1322 de 2009², señaló lo siguiente:

"ARTÍCULO 1o. Autorízase la prestación del servicio de auxiliar jurídico ad honórem en los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, en los niveles central y descentralizado, así como en sus representaciones en el exterior.

Quien preste este servicio no recibirá remuneración alguna, ni tendrá vinculación laboral con el Estado.

ARTÍCULO 2o. A iniciativa del Ministro o jefe de la respectiva entidad, las facultades de derecho de las universidades reconocidas oficialmente, remitirán los listados correspondientes de los estudiantes que, de acuerdo con los méritos académicos, puedan ser tenidos en cuenta para la escogencia como auxiliares jurídicos ad honórem en el correspondiente organismo o entidad.

PARÁGRAFO. Las Facultades de Derecho de las universidades reconocidas oficialmente, mantendrán listados de estudiantes que, de acuerdo con los méritos académicos, deban ser tenidos en cuenta para la escogencia como auxiliares jurídicos ad honórem por las entidades interesadas.

ARTÍCULO 3o. La prestación del servicio de auxiliar jurídico ad honórem que se autoriza por medio de la presente ley es de dedicación exclusiva, se ejercerá de tiempo completo durante nueve (9) meses, y servirá como judicatura voluntaria para optar por el título de abogado, en reemplazo de la tesis de grado.

ARTÍCULO 4o. Quienes ingresen como auxiliares jurídicos ad honórem desempeñarán funciones en las áreas de naturaleza jurídica que conforme a las actividades de cada dependencia les asignen los respectivos jefes como superiores inmediatos (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Igualmente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1171 de 23 de noviembre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa determinó:

"La creación del cargo de auxiliar ad honorem en la Procuraduría General de la Nación, y la asignación de la categoría de servidor público a quienes lo desempeñan, no contraria lo dispuesto en la Carta Política, en la medida en que (a) el Legislador tiene la potestad constitucional de establecer nuevas categorías de servidores públicos distintas a las que expresamente menciona la Constitución, y (b) no desconoce la Carta Política el establecimiento de cargos públicos ad honorem, menos cuando por intermedio de la prestación de estos servicios se satisfacen intereses generales, se contribuye al adecuado desempeño de la función de control disciplinario, y además se consolida la formación de quienes los prestan —ya que esta es una de las finalidades de la norma bajo estudio: permitir que se cumpla con el requisito de judicatura para acceder al título de abogado, desempeñando funciones de apoyo no remuneradas en la Procuraduría General de la Nación—.

Por lo tanto, es compatible con la Carta Política que el Legislador disponga la existencia de formas de vinculación al servicio público que no impliquen una relación de tipo laboral, en ejercicio de las funciones que expresamente le reconoció el Constituyente." (Subrayado fuera de texto)

² por la cual se autoriza la prestación del servicio de auxiliar jurídico ad honórem en los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, territorial y sus representaciones en el exterior.





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Como puede observarse de la norma y jurisprudencia de la Corte Constitucional anteriormente trascrita, las personas que presten este servicio, merced a la oportunidad que le brinda el Estado, cumplen con un requisito indispensable para obtener el título que les acredite como profesionales, adquiriendo experiencia laboral, conocimientos prácticos y teóricos que redundan en el posterior ejercicio de quien desempeña esta práctica jurídica, y que es lo que identifica las llamadas pasantías en el orden profesional y universitario.

Ahora bien, esta judicatura ad honorem tiene las siguientes características de conformidad con la Ley 1322 de 2009:

- Que quien preste este servicio no recibirá remuneración alguna.
- No existe vinculación laboral con el Estado.
- La prestación de este servicio ad honorem es de dedicación exclusiva, desarrollándose de tiempo completo durante nueve (9) meses que dure la práctica.

Por lo tanto, para dar respuesta a su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica las prohibiciones contenidas en los artículos 32 y 38 párrafo de la ley de garantías electorales, las cuales hacen referencia a la suspensión de 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, no tienen una aplicación directa frente al ingreso de un *judicante ad honorem* en una entidad de la Rama Ejecutiva.

Lo anterior, considerando que en la Ley 1322 de 2009, quien preste este servicio no recibe remuneración alguna y sobre todo, no tiene una vinculación laboral con el Estado, es decir, con el ingreso de un *judicante ad honorem* no se está generando una carga salarial y prestacional al no tener un vínculo laboral con la entidad a la cual es aspirante pretende realizar su práctica jurídica, por lo que no se está ante una vinculación que afecte la nómina estatal.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Claudia Hernández León
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

HH Ernesto Fagua – MLH / GCJ

600.4.8.

