



**Función Pública**

## Concepto 144881 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000144881\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000144881

Fecha: 15/04/2020 07:14:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Revocatoria del Nombramiento por no Acreditar Requisitos. EMPLEOS. Naturaleza, encargo RAD. 20202060088802 del 03 de marzo de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia mediante la cual consulta lo transcrito a continuación:

"(...)

*El ex alcalde nos solicitó a todos los de libre nombramiento y remoción la renuncia. Presentamos la renuncia el 30 de dic 2019 para hacer efectiva a partir del 31 de dic 2019.*

*3 de los cargos que dejo en provisionalidad nombró a funcionarios. NO estaban en desempeñando el cargo. ¿Va la primera pregunta?*

*¿Los que venían desempeñando ese cargo pueden demandar porque tienen derecho a que se los deje en provisionalidad o el exalcalde o administración puede dejar en provisionalidad a quien desee?*

(...)

*Desde el día 2 enero 2020 el alcalde actual nos llamó a reunión para informarnos que su decisión era revocar los actos administrativos, "argumentando que dichos nombramientos eran de mala fe de la administración anterior y que se habían realizado de forma fraudulenta" sin ninguna prueba ni acto administrativo en ese momento.*

*Y desde ese día hay eventos de acoso para revocar el acto administrativo, acciones.*

El día de jueves 20 febrero 2020 a las 11:30 am, me llega a la oficina una citación de notificación personal.

¿Es una causal para revocar?

¿Es culpa de la persona que nombraron en provisionalidad de ese error?

(...)

Otra situación corresponde a una consulta que realiza uno de los compañeros que se encuentran ya inscritos en carrera administrativa en la administración municipal; dos de ellos argumentan que cumplen para que el ex alcalde o administración anterior los hubiera dejado en encargo en alguno de los cargos profesionales que dejaron en provisionalidad.

Conozco que la administración anterior entregó un oficio mediante el cual invitaba al personal de carrera administrativa a manifestar si alguno cumplía con todos los requisitos estaba interesado en ocupar uno de los cargos, pero solo un funcionario manifestó por medio de oficio su interés en ocupar el cargo de almacenista, situación que se consultó con la CNSC y orientaron que no era viable porque el cargo de almacenista no debía estar para concurso porque era de confianza.

La administración municipal anterior siguió la orientación de la CNSC y retiró el cargo de ALMACENISTA de la convocatoria para concurso a carrera administrativa mediante un decreto noviembre de 2019. Y el 31 2019 de diciembre nombró 6 cargos en provisionalidad."

En atención a la misma, me permito manifestar lo siguiente:

1.- Frente al primer aparte de su comunicado, a través del cual consulta si quienes venían desempeñándose en empleos de libre nombramiento y remoción tienen derecho ser nombrados en provisionalidad después de su renuncia, es pertinente recordar que la Constitución Política dispone:

"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

(...)" (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 909 de 2004<sup>1</sup> establece:

"ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) (Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006). Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) (Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006). Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

De acuerdo a la normativa transcrita, por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Consonante con lo anterior, es menester aclarar que conforme a la disposición constitucional contenida en el artículo 125 superior, los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito, es decir, que el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

De otra parte, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Ahora bien, en cuanto al nombramiento en provisionalidad en un empleo de carrera es necesario anotar que el Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> dispone:

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.1. Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

*Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.*

*Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.”*

*Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.” (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo a las disposiciones transcritas, las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

No obstante, mientras se surte el proceso de selección y por necesidades del servicio, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o excepcionalmente mediante nombramiento provisional, en los términos señalados la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Así las cosas, el nombramiento provisional procede de manera excepcional cuando no haya personal de carrera que cumpla con los requisitos para ser encargado.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción no tiene derecho a ser nombrado en provisionalidad luego de su renuncia; se aclara que los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción son dos categorías distintas de empleo público, y que las personas nombradas en libre nombramiento y remoción pueden ser libremente designadas y removidos del cargo; además de que el nombramiento provisional únicamente procede para proveer en forma transitoria un empleo de carrera mientras se surte el proceso de selección.

2.- En lo que respecta al segundo aparte de su comunicación, relativo a la revocatoria de un nombramiento provisional, es necesario anotar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>3</sup>, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no le corresponde una valoración concreta de casos particulares, determinar los efectos de los actos administrativos, ni pronunciarse frente a las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas, en tanto que dicha competencia se encuentra radicada en la misma entidad o en su defecto en los jueces de la República. Tampoco somos un órgano de control y vigilancia.

En consecuencia, solo será procedente ilustrarlo sobre la normativa dispuesta en la revocatoria de un nombramiento.

Al respecto, el Decreto 1083 de 2015<sup>4</sup> establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.1.5. Procedimiento para la verificación del cumplimiento de los requisitos. Corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento:*

-

*1. Verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.*

*2. Verificar directamente los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales del aspirante, dejando las constancias respectivas.*

*(...).” (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo a lo anterior, corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento, verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.

La normativa ibidem asimismo prevé frente a la revocatoria de un nombramiento lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2.2.5.1.13. Revocatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá revocar el nombramiento en un cargo, cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo.*

*Ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.* (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, consagra:

*“ARTÍCULO 5º. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción”.*

Así pues, cuando el nombramiento recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo, la autoridad nominadora deberá revocar el mismo; ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

Consonante con lo anterior, la Ley 1437 de 2011<sup>5</sup> establece:

*“ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”* (Subrayado fuera de texto.)

*“ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

*Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

*Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.”* (Subrayado fuera de texto).

Según lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, cuando un acto administrativo, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; pero cuando la Administración considere que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Por consiguiente, los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, cuando se den los supuestos descritos en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011; asimismo se deberá tener en cuenta que, cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

3.- Respecto a la última de sus inquietudes formuladas es preciso anotar que no es dable para esta Dirección Jurídica inferir de la misma una consulta concreta, ni es posible entender la relación entre los hechos considerados en la misma, por consiguiente, solo será procedente ilustrarlo de manera general frente a la situación administrativa del encargo:

Ley 909 de 2004 dispone:

*“ARTÍCULO 24. ENCARGO. (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019). Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.*

*En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.*

*El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.*

*Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.*

*En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.*

*PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.*

*PARÁGRAFO 2o. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servido Civil a través del medio que esta indique.” (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 1º de la ley 1960 de 2019, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer. En el evento que no haya funcionarios con evaluación sobresaliente, el encargo se efectuara en aquellos empleados que tengan calificaciones en el nivel satisfactorio. El encargo asimismo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015<sup>6</sup> frente al encargo consagró:

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.41. Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.*

*El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.*

*ARTÍCULO 2.2.5.5.42. Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera. (Subraya fuera del texto)”*

De acuerdo con lo anterior, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados en estos, si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley para su desempeño.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: Armando López Cortes.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
2. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

3. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
  4. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
  5. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
  6. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública
- 

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:46:36*