



## Concepto 260991 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000260991\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000260991

Fecha: 17/06/2020 11:49:35 a.m.

Bogotá

Referencia: EMPLEO MODIFICACIÓN PLANTA DE PERSONAL. Forma de proceder para la incorporación de empleados con nombramiento provisional y libre nombramiento y remoción. No. 20202060207632 del 27 de mayo de 2020.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, relacionada con la forma como se incorporarían servidores nombrados en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción, a la nueva planta de personal y las condiciones de las incorporaciones, después de una reforma de personal, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar respecto de las modificaciones de las plantas de personal que la Ley 909 de 2004<sup>1</sup> en su artículo 46 y los artículos 2.2.12.1 a 2.2.12.3 del Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> establecen las circunstancias en las cuales la entidad puede hacer una modificación a la planta de personal y qué debe contener el estudio técnico para tal efecto:

*“ARTÍCULO 2.2.12.1. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren. (...)*

*ARTÍCULO 2.2.12.2. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:*

- 1. Fusión, supresión o escisión de entidades.*
- 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*

4. *Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
5. *Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*
6. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
7. *Introducción de cambios tecnológicos.*
8. *Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
9. *Racionalización del gasto público.*
10. *Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

*PARÁGRAFO 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.*

*Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.*

*ARTÍCULO 2.2.12.3. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:*

1. *Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo*
2. *Evaluación de la prestación de los servicios*
3. *Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos". (Se subraya)*

En cuanto a lo que debe entenderse por empleos equivalentes, señala el artículo 2.2.11.2.3 de la misma disposición:

*"Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igualo superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente".*

Por otra parte, el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012<sup>3</sup>, establece:

**"ARTÍCULO 228. REFORMAS DE PLANTA DE PERSONAL**

*Modifíquese el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:*

*"ARTÍCULO 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.*

*El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.*

*Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."*

Con base en estas disposiciones normativas, el objetivo de un proceso de modernización administrativa es la mejora institucional, de manera que se ajuste la planta de personal a las necesidades del servicio y el cumplimiento de las funciones de la entidad respectiva.

Ahora bien, en caso de que la reforma de la planta, lleve consigo la modificación del grado salarial de un empleo, esto implica necesariamente la supresión del cargo existente y la creación de un nuevo empleo; éste procedimiento debe estar precedido por un estudio técnico, donde se consignan los principales aspectos, que llevan a la organización a tomar esta decisión.

Es importante resaltar que cualquier reestructuración administrativa, debe contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

En cuanto a la incorporación de los empleados de libre nombramiento y remoción, el Decreto 1042 de 1978<sup>4</sup> establece:

*ARTÍCULO 81. Del movimiento de personal con ocasión de las reformas en las plantas. Siempre que se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo, la incorporación de sus empleados a los nuevos cargos establecidos en ella se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. No será necesario el cumplimiento de requisitos distinto al de la firma del acta de posesión:*

*a) Cuando los nuevos cargos sean iguales a los de la planta anterior en su denominación y grado, y tengan, por consiguiente, las mismas funciones e idénticos requisitos para su ejercicio.*

*b) Cuando los nuevos cargos solo se distingan de los de la antigua planta por haber variado su grado de remuneración, como efecto de un reajuste de salarios ordenado por la ley.*

*c) Cuando los nuevos cargos tengan funciones similares a los de la planta anterior, pero para su desempeño se exijan los mismos requisitos.*

*En este caso la incorporación se tomará como traslado.*

2. *La incorporación se considera como nuevo nombramiento o como ascenso - según se trate de empleados de libre nombramiento y remoción o de empleados de carrera, respectivamente y deberá estar precedida en todo caso de la comprobación del llenado de los requisitos exigidos para el ejercicio del nuevo cargo: (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De acuerdo con lo señalado, para los empleados de libre nombramiento y remoción, la incorporación se considera como un nuevo nombramiento en la planta de personal.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, tenemos los siguientes elementos:

El Decreto 1083 de 2015<sup>5</sup> establece en el título 11 “Del retiro del servicio”, lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2.2.11.1.1 Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:*

*1) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.*

*(...)*

*ARTÍCULO 2.2.11.1.2. De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.*

*En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña”.*

Al respecto, el Consejo de Estado en la Sentencia 00063 de 2017 consideró:

*“(...) tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, el legislador quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto no motivado, de tal suerte que el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste, procediera a la desvinculación, siempre y cuando la necesidad del mejoramiento del servicio así lo aconsejara. No obstante, lo anterior, es de competencia de las partes desvirtuar o probar, según sea el caso, la presunción de legalidad de la cual se encuentran revestidos todos los actos administrativos.*

*(...)*

*Descendiendo al caso controvertido, la Sala observa que el señor XXXXXX para el momento en que fue retirado de la entidad mediante declaratoria de insubsistencia, se encontraba desempeñando un cargo considerado de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, circunstancia que hacía procedente que el nominador válidamente lo retirara del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.*

*No obstante, lo anterior, es necesario precisar, que el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, es lo que le confiere al nominador la posibilidad para disponer libremente de su provisión y retiro, lo que supone que su elección es por motivos de índole personal o de confianza.*

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionado, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y en donde la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, en concordancia a lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>5</sup>

Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio, se presumen expedido con fundamento en supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional y con el único objetivo de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general”.

De acuerdo con lo señalado, en razón a la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción, la vinculación, así como el retiro resultan discrecionales por parte del nominador, de manera tal que los Actos Administrativos de retiro se presumen expedidos con el fin de garantizar el buen servicio público, presunción legal que deberá ser desvirtuada en sede jurisdiccional, en caso de que se considere que el retiro obedece a razones diferentes al buen servicio y al interés general.

De acuerdo con todo lo señalado y los antecedentes de la consulta descritos en el oficio, así:

La Agencia de Desarrollo Rural se encuentra en proceso de rediseño institucional, en el que se modificará la estructura de la entidad y por ende se generará una nueva planta de personal, con ampliación del número de empleos.

Actualmente el estudio técnico se encuentra en aprobación de consejo directivo y ya fue aprobado y asignado un presupuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública ha realizado todo el acompañamiento.

Podemos responder sus interrogantes en los siguientes términos:

1. Las normas que regulan la materia no establecen los Actos Administrativos específicamente que se utilizaran para la incorporación de los servidores, ni diferencian entre aquellos con nombramiento provisional y los de carrera administrativa, de manera que, respondiendo su pregunta, en criterio de esta Dirección Jurídica, resulta viable realizar la incorporación de los empleados con nombramiento provisional, de la misma forma como se realizaría la incorporación de los servidores con derechos de carrera administrativa.

2. La incorporación en la nueva planta de personal, en los términos del artículo 2.2.12.2. del Decreto 1083 de 2015 debe realizarse en empleos equivalentes, entendiéndose que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente; de tal manera que si se superan los límites que establece la disposición, deberá realizarse un nuevo nombramiento. Así las cosas, resulta facultativo de la administración, de conformidad con el estudio técnico respectivo, señalar cuales empleos se incorporarán en empleos equivalentes y a cuáles se les realizarán nuevos nombramientos, por tratarse de grados salariales superiores.

3. Respecto de la incorporación de empleados de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que el retiro de dichos empleados resulta discrecional por parte de la administración, se considera que si el estudio técnico arroja la necesidad de que continúen los mismos empleos, la incorporación se hará en la medida que la administración discrecionalmente quiera seguir con los empleados respectivos, a través de un nuevo nombramiento. En caso contrario y si se decide el retiro, deberá surtirse el proceso del Decreto 1083 de 2015 y del Decreto 4567 de 2011 para volver nuevamente a su provisión.

4. Debido a que la modificación de la planta de personal implicará para la entidad la creación de nuevos empleos y por consiguiente nuevas

vacantes, se deberá dar aplicación a lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, de manera que 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 caso de no existir empleados en el nivel sobresaliente podrá descenderse al nivel satisfactorio; pudiéndose realizar los nombramientos provisionales cuando no haya empleados con derechos de carrera que puedan ser encargados. Así las cosas y respondiendo puntualmente su último interrogante, tenemos que no resulta viable realizar nombramientos provisionales para las nuevas vacantes, antes de haber agotado el derecho preferencial de encargo de los servidores con derechos de carrera administrativa.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

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. Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública.
3. "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".
4. "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".
5. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

---

*Fecha y hora de creación: 2024-07-20 23:34:54*