



Función Pública

Concepto 126441 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000126441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000126441

Fecha: 12/04/2021 03:15:45 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Vacancia -provisión empleos de carrera. Radicado 20219000166662 del 29 de Marzo 2021

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a la comunicación mediante la cual realiza algunos interrogantes relativos a la provisión de empleos, me permito manifestarle que los mismos serán resueltos en el mismo orden consultado:

1. Existe una vacante definitiva en un cargo de auxiliar administrativo. ¿Es procedente que sea suplido con una persona que no sea de carrera administrativa?

La constitución Política sobre los empleos de las entidades del Estado, establece:

“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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

(...)”

Teniendo en cuenta el Artículo 125 de la Constitución Política por regla general, los empleos de los organismos y entidades regulados por la citada ley son de carrera y exceptúa los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Por otro lado, sobre la forma de cubrir las vacancias temporales o definitivas de empleos de carrera administrativa, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala:

"ARTÍCULO 24. Encargo. Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley 1960 de 2019. El Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. 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.

(...) (Destacado nuestro)

El Decreto 1083 de 2015, estableció las formas de provisión de empleo para vacancias definitivas, de la siguiente manera:

"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.

(...) (Subrayas y negrilla 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 a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual de funciones específicas y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, 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 consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento señalado en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el empleado con derechos de carrera que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo.

Es importante resaltar que el inciso segundo del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, señala expresamente que, si el empleado que se encuentra desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, no reúne las condiciones y requisitos previstos en la norma, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Para el caso en concreto, en el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional y transitoria. El término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentra concebido para la vacancia definitiva hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba, sin que la norma establezca prórroga para el evento señalado.

Segundo. ¿Qué posibilidad hay de que una persona con aval indígena sea nombrada en el cargo en vacancia definitiva, así no se encuentra vinculada en la planta administrativa actual?

Así mismo es importante recordar que, los ciudadanos, que pertenezcan a las comunidades indígenas, que cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones que tenga adoptado la entidad, podrán ser nombrados en cargos de carrera administrativa sin que hubiera mediado un concurso de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados, se encontraran en condición de provisionalidad, situación que deberá mantenerse hasta que se efectuó el nombramiento en período de prueba de los cargos hayan sido convocados a concurso, en los términos del Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, en el caso de vacancia definitiva, y en caso de vacancia temporal hasta cuando se finalice la situación administrativa que le dio origen. En consecuencia, este tipo de población no resulta incompatible con el acceso a los concursos de méritos o provisión de empleos.

Tercero. “Es legal el nombramiento de una persona que no está vinculada a la planta administrativa en un cargo en vacancia definitiva, sin tener en cuenta la solicitud de traslado de una empleada pública que labora dentro del mismo municipio y que solicita el traslado por cercanía a su hogar”

Frente a la figura del traslado, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.9.2 Traslado o permuta. - Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente Decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este Título.”

De acuerdo con la norma en cita, el traslado es una forma de provisión de los empleos públicos, el cual se configura cuando se provee a un empleado en servicio activo un cargo en vacancia definitiva, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares; así mismo, debe obedecer a necesidades del servicio o por solicitud del empleado, en este último evento, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio ni afecte la función pública.

Ahora bien, por su parte, el Consejo de Estado, mediante concepto No.1047 del 13 de noviembre de 1997, donde señaló:

“(…) El traslado... procede por necesidades del servicio, “siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado”; también a solicitud del funcionario interesado, si el movimiento no perjudica al servicio. Es decir, cuando el traslado se origina en la administración no puede conllevar condiciones desfavorables al servidor, y cuando proviene de la iniciativa del empleado interesado, no puede serlo en detrimento del servicio.

Las normas que regulan el régimen de traslados son comunes tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción como para los de carrera administrativa, en lo que no resulte incompatible con los estatutos de carreras especiales, porque se trata de disposiciones sobre administración de personal y no propiamente de carrera.” (subrayas fuera del texto).

De conformidad con la norma y jurisprudencias en cita, se establece que, para efectuar permutas de empleados públicos, ya sea dentro de la misma entidad o de una institución a otra (Interinstitucionales), se deben cumplir las siguientes condiciones:

- a. Que los dos empleos tengan funciones y requisitos similares entre sí.
- b. Que la permuta no implique condiciones menos favorables para los empleados; entre ellas, que la remuneración sea igual; así mismo se conservan los derechos de carrera y de antigüedad en el servicio.
- c. Ambos cargos deben tener la misma naturaleza.
- d. Que las necesidades del servicio lo permitan.
- e. Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

Por lo anterior, siempre que se cumplan con las condiciones arribas descritas, es viable que las entidades u organismos públicos consideren la autorización del traslado o la permuta interinstitucional de un empleado público.

Cuarto. ¿Hay alguna normativa que indique que es posible nombrar un cargo administrativo solo por estar avalado por una comunidad o resguardo indígena?

Se reitero lo indicado en la respuesta a la segunda pregunta contenida en la presente comunicación.

Quinto. El cargo que está vacante está en una institución, pero también incluye asignación de funciones, una institución tiene más estudiantes indígenas que la otra.

Con relación al presente interrogante, es necesario resaltar que no contamos con los elementos de juicio necesario para poder efectuar un pronunciamiento de fondo y, por lo tanto, le solicitamos efectuar una mayor claridad sobre los hechos a los cuales se refiere esta petición, con el fin de atender la misma dentro de las competencias asignadas a esta Dirección Jurídica.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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: Lucianny García

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:39