



# Concepto 140211 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000140211\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000140211

Fecha: 07/04/2022 10:17:10 a.m.

Bogotá D.C

Referencia: EMPLEOS. Forma de vinculación. Radicado: 20229000088472 del 17 de febrero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si en la Constitución Política o en la Ley existen normas que ordenen la vinculación mediante procesos meritocráticos de empleados provisionales, temporales, de libre nombramiento y remoción o el de los contratistas, me permito indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política el sistema de nombramiento de los funcionarios está determinado en la misma Carta y en la ley; y los empleos en los órganos y entidades del Estado por regla general 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.

Nombramiento en cargos de libre nombramiento y remoción:

La Ley 909 de 2004, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, señala en su artículo 23, lo siguiente:

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley". (Subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, es claro en señalar que el nombramiento ordinario es aquel que es provisto por un empleado de libre nombramiento y remoción, que para ser nombrados, deberán cumplir con los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004.

El artículo 5 de la misma Ley 909 de 2005 señala:

ARTÍCULO 5. 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: (...)”

De conformidad con lo anterior, tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los otros criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Ahora bien, respecto al concepto u objeto “de libre nombramiento y remoción” se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza, puede ser elegida y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

En este orden de ideas, no se considera procedente efectuar procesos meritocráticos, pues la característica principal de este tipo de empleados es la especial confianza que conlleva a su vinculación.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en relación con el nombramiento de los Directores Territoriales de los establecimientos públicos, el Artículo 305 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala:

ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:

(...) 13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.”

De acuerdo con la anterior disposición constitucional, del gobernador tiene la atribución de escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el Departamento, de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, quedando obligado el jefe del establecimiento público a nombrar a quien sea seleccionado por parte del Gobernador.

La anterior disposición constitucional es desarrollada por el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 78.- Calidades y funciones del director, gerente o presidente. (...)

PARÁGRAFO.- Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal”.

Como se puede observar, la anterior disposición reitera lo señalado por la Constitución Política, es decir, que el Gerente o Director Territorial de los establecimientos públicos nacionales, será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.

La Ley 489 de 1998 es reglamentada por el Decreto 1083 de 2015<sup>1</sup>, el cual señala lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.28.1 Designación. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso.

ARTÍCULO 2.2.28.2 Conformación de ternas. La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

PARÁGRAFO. El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones. (Subraya fuera de texto)

De las anteriores disposiciones puede inferirse que la obligación de conformar la terna para que el Gobernador escoja a los Directores, Gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el Departamento, es un imperativo de orden constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 305, numeral 13 de la C.P.

Por lo tanto, es claro que la conformación de terna se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto, que derive en la designación de los Directores, Gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento.

Lo anterior no desvirtúa la naturaleza de libre nombramiento y remoción que tiene estos cargos, cuyo nombramiento le corresponde al Gobernador, los cuales serán nombrados en ejercicio de la facultad discrecional que tienen los nominadores, que, para su designación, deberán conformar una terna producto de un concurso de méritos abierto y en tal virtud la terna conformada dentro de una selección pública abierta que contenga criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.

En este orden de ideas y atención puntual a su interrogante, se precisa que la vinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción no se adelanta mediante procesos meritocráticos, con excepción de los gerentes regionales de los establecimientos públicos del nivel nacional cuya vinculación esta precedida de una selección pública abierta que contenga criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, sin que dicha característica mute su naturaleza; lo anterior, sin perjuicio del deber de verificar el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo y de la evaluación del desempeño de los titulares del cargo, de tal manera que su vinculación está supeditada al cumplimiento efectivo de las funciones del mismo.

Nombramiento en provisionalidad.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, el nombramiento provisional solo procede cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

De igual manera el artículo del Decreto 1083 de 2015 determina:

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.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, es claro que el nombramiento en provisionalidad es un excepcional, y se produce siempre que no existan listas de elegibles para su provisión y ante la ausencia de empedados con derechos de carrera para ser encargados en los mismos, en

consecuencia, no tiene contemplado un proceso meritocrático para la vinculación en provisionalidad, no obstante, este Departamento Administrativo ha sido consistente en la necesidad de adelantar procesos de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, de tal manera que, su permanencia en el empleo público obedezca a méritos calificados de manera objetiva.

Nombramientos temporales.

En relación con la provisión de empleos temporales, el Decreto 1083 de 2015 contempla:

ARTÍCULO 2.2.5.3.5 Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

En caso de ausencia de personal de carrera, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad. Para la valoración de las capacidades y competencias de los candidatos la entidad establecerá criterios objetivos.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal será por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, el cual se deberá definir en el acto de nombramiento.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, si bien es cierto no existe un proceso meritocrático propio y particular para proveer los empleos creados en las plantas temporales de las entidades públicas, si es deber de las entidades proveer estos cargos con las lista de elegibles que se encuentren vigentes y que administra la Comisión Nacional del Servicio Civil, en consecuencia, se cumple así con el mérito como factor preponderante para el acceso y permanencia en los empleos públicos.

Trabajadores oficiales.

En relación con la forma de vinculación, tenemos que el trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, que permite la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales; sin que para su vinculación se requiera efectuar concursos de méritos. La relación laboral del trabajador oficial con la administración tiene implicaciones bilaterales, esto es, significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar las condiciones de trabajo tales como la jornada laboral, los salarios, las prestaciones sociales, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse realidad individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores.

En este orden de ideas, el proceso de selección de los trabajadores oficiales al servicio del Estado no se encuentra reglamentado como si lo está la provisión de los empleos públicos de carrera administrativa, en ese sentido, se considera que el jefe del organismo tiene la facultad para establecer la modalidad de escogencia de los trabajadores que prestan sus servicios a la empresa, sin que sea necesario acudir a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Contratos de prestación de servicios.

En relación con la vinculación mediante contratos estatales, como es el caso del contrato de prestación de servicios, le indico que este Departamento Administrativo no cuenta con la facultad legal para pronunciarse en materia de contratación estatal, dicha competencia ha sido atribuida a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, por tanto sus interrogantes relacionados con la forma de su vinculación y demás asuntos deben ser dirigidos directamente a esa entidad.

En atención al segundo interrogante de su escrito relacionado con determinar si en el marco de la negociación colectiva adelantada entre las organizaciones sindicales de los empleados públicos con el Gobierno nacional alguna organización sindical ha solicitado dentro de sus pliegos de solicitudes la implementación de estos mecanismos meritocráticos para las anteriores categorías laborales y de contratos de prestación de servicios, le indico que esta Dirección Jurídica no tiene conocimiento que se haya presentado dicha solicitud, y frente al particular debe precisarse que la forma de vinculación de los empleados públicos y de la suscripción de contratos estatales es de ley y en tal virtud, su

vinculación deberá adelantarse en los precisos términos que establezca el margo legal vigente.

A su tercer interrogante, relacionado con que si se aprobó la petición si no se aprobó, cuáles fueron las razones y fundamentos, le reitero la respuesta anterior.

En atención a su interrogante, mediante el cual consulta por el estado en que se encuentra la ampliación de plantas con los objetos contractuales de los prestadores de servicios conforme lo señalado en la mesa nacional meritocrática, le indico que en relación con el tema de la revisión y ampliación de las plantas de personal de las entidades públicas, se expidió el Decreto 1800 de 2019, mediante el cual se adicionó el Decreto 1083 de 2015, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2.2.1.4.1. Actualización de plantas de empleo. Las entidades y organismos de la Administración Pública, con el objeto de mantener actualizadas sus plantas de personal, deberán adelantar las siguientes acciones mínimo cada dos años:

- a. Analizar y ajustar los procesos y procedimientos existentes en la entidad.
- b. Evaluar la incidencia de las nuevas funciones o metas asignadas al organismo o entidad, en relación con productos y/ o servicios y cobertura institucional.
- c. Analizar los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos que se requieran para el cumplimiento de las funciones.
- d. Evaluar el modelo de operación de la entidad y las distintas modalidades legales para la eficiente y eficaz prestación de servicios.
- e. Revisar los objetos de los contratos de prestación de servicios, cuando a ello hubiere lugar, garantizando que se ajusten a los parámetros señalados en la Ley 80 de 1993, a la jurisprudencia de las Altas Cortes y en especial a las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional.
- f. Determinar los empleos que se encuentran en vacancia definitiva y transitoria, así como aquellos provistos a través de nombramiento provisional.

PARÁGRAFO 1. Si efectuados los análisis anteriores se determina que hay faltantes en la planta de personal, la entidad adelantará el respectivo estudio técnico que soporte la ampliación de la planta de personal, revisando las posibles fuentes de financiación y presentarla a las autoridades competentes a nivel nacional o territorial para su estudio.

PARÁGRAFO 2. Las ampliaciones de planta se adelantarán teniendo en cuenta las normas presupuestales vigentes en los términos del artículo 71 del Decreto 111 de 1996 y las medidas de racionalización del gasto. En cualquier caso, estas modificaciones, y los traslados presupuestales de recursos de inversión a funcionamiento relacionados, no podrán generar costos adicionales.

PARÁGRAFO 3. Las Empresas Sociales del Estado darán cumplimiento a lo establecido en el presente Capítulo, una vez se expida el régimen laboral especial aplicable a sus servidores públicos."

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, las entidades y organismos de la Administración Pública, deberán adelantar, entre otras acciones, el revisar los objetos de los contratos de prestación de servicios que se requieren y suscriben en la entidad, garantizando que se ajusten a los parámetros señalados en la Ley 80 de 1993 y en la Jurisprudencia Constitucional, con el objeto de mantener actualizadas sus plantas de personal, de tal manera que, en caso de advertir que hay faltantes en la planta de personal, la entidad adelantará el respectivo estudio técnico que soporte la ampliación de la planta de personal, revisando las posibles fuentes de financiación y presentarla a las autoridades competentes a nivel nacional o territorial para su estudio.

Para tal efecto, las entidades deberán tener en cuenta que las ampliaciones de planta se adelantarán atendiendo las normas presupuestales vigentes y las medidas de racionalización del gasto. En cualquier caso, estas modificaciones, y los traslados presupuestales de recursos de inversión a funcionamiento relacionados, no podrán generar costos adicionales.

En relación con el último interrogante de su escrito, relacionado determinar si las asambleas departamentales y concejos municipales están obligados al cumplimiento de lo ordenado en esta mesa o en los acuerdos sindicales nacionales, le indico que los acuerdos logrados en la mesa nacional donde tienen participación las organizaciones sindicales de los empleados públicos y los representantes del Gobierno nacional, deberán ser atendidos en los precisos términos en que se hayan suscrito dichos acuerdos y su cobertura será la precisada en cada caso.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

1 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:27