



Concepto 125351 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000125351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000125351

Fecha: 25/03/2022 04:18:52 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Empleo de carrera. Empleo de Libre nombramiento y remoción Radicado: 20229000091182 del 18 de febrero 2022

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

- "1. ¿Los cargos de asesores de un ente de control tienen la categoría exclusiva de ser de libre nombramiento y remoción?"*
- 2. ¿Cuál es el alcance de un "concepto marco" proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en relación con las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004?*
- 3. Teniendo en cuenta lo señalado por el DAFP en el Criterio Unificado 13082019 de 2019, ¿es válido afirmar que los asesores en un ente de control, con funciones contenidas en el Manual de Funciones puedan ser de planta y no de libre nombramiento y remoción?*
- 4. Teniendo en cuenta lo señalado en el Criterio Unificado 13082019 de 2019 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del análisis de procedencia de los cargos de libre nombramiento y remoción (numeral 1 Concepto Unificado), es posible determinar de alguna manera, mediante alguna excepción legal que ustedes hayan revisado, que los asesores de la Auditoría General de la República (ente de control) deben ser exclusivamente y de forma excluyente de libre nombramiento y remoción, o dichas vacantes podrían ser provistas a través de encargos a funcionarios de carrera?*
- 5. ¿Existe normativa contenida en conceptos proferidos por el DAFP en el que se concluya que los asesores de la Auditoría General de la República (ente de control) deben ser exclusivamente de libre nombramiento y remoción, para afirmar de manera contundente que el tema está suficientemente depurado por el DAFP?*
- 6. En caso de ser negativa su respuesta, ¿podría proveerse mediante concurso interno de méritos y darle la oportunidad de encargo a funcionarios de carrera administrativa de la misma entidad, con pleno cumplimiento de los procedimientos legales, mientras se surte aquél? Esto dentro del plan de estímulos a los funcionarios*
- 7. ¿Cuáles fueron los fundamentos legales para que la Contraloría General de la República (CGR) proveyera mediante concurso de méritos los cargos de asesores y directivos al interior de dicha entidad?*
- 8. ¿Cuál fue la participación del DAFP en la decisión tomada en la CGR para llevar a cabo tal vinculación de personal mediante concurso de*

méritos, teniendo en cuenta que aquél se rige por un sistema de carrera especial?

9. ¿Existe alguna norma legal o constitucional, concepto, directriz, analizada por el DAFP que lleve a concluir que los asesores de la Auditoría General de la República tienen la categoría exclusiva de cargos de libre nombramiento y remoción? O, como pregunté antes, ¿esos cargos son de carrera que deben proveerse mediante concurso público (inicialmente de ascensos) y mientras se dan los concursos, se pueden encargar a los funcionarios de planta de la entidad?”

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Frente a la información solicitada, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Constitución Política de Colombia, consagra en su artículo 125 que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

“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”.

Conforme lo anterior, la norma decreta que los empleos de las entidades y órganos del Estado por regla general son de carrera, que los funcionarios cuyo nombramiento no se encuentre determinado en la Constitución o la Ley, deben ser nombrados por mérito, esto es, que la provisión de los empleos públicos de carrera debe realizarse mediante el sistema de mérito, que será administrado y vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por su parte 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”, en sus artículos 3 y 5 reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades: (...)

- En la Auditoría General de la República.

(...)

“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:

(...)

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:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica. En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

(...)

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

(...)"

La normatividad anterior establece que la Ley 909 de 2004¹, es aplicable para servidores públicos por regla general y los enlista, se resalta, para el caso objeto de consulta, que cobija a quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en la Auditoría General de la República, además clasifica los empleos como: de carrera administrativa, elección popular y por último decanta los criterios que determinan los empleos que son de libre nombramiento y remoción.

En resumen, los empleos de la Auditoría General de la República, por regla general son de carrera administrativa, exceptuado los que taxativamente indique la Constitución o la Ley, esta entidad no posee un régimen especial, por ello le es aplicable la Ley 909 de 2004, excepcionalmente algunos empleos serán proveídos mediante vinculación de libre nombramiento y remoción según los criterios establecidos en artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, en cuanto al encargo en empleos de libre nombramiento y remoción la Ley 1960 de 2019² en su artículo 1, dispone:

“ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. 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 (...).”.

En virtud de lo anterior, resaltamos que el decreto 1083 de 2015³ en sus artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.3 decreta:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provisas 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.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma”.

De acuerdo con las normas citadas anteriormente, las vacantes definitivas de los empleos de libre nombramiento y remoción pueden ser provistas mediante nombramiento ordinario o encargo. De otro modo, las vacantes temporales de dichos empleos pueden ser provistas por medio de la figura de encargo, el cual se debe realizar con empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Por otro lado, las vacantes definitivas en empleos de carrera deben ser proveídas en periodo de prueba o de ascenso con quienes hayan superado el concurso de méritos, sin embargo, durante el tiempo que dure este concurso la Ley dictamina de manera temporal pueden ser

ocupadas por medio de la figura de encargo por un empleado de carrera y de manera excepcional uno en nombramiento provisional. Las vacantes temporales de estos empleos también pueden ser proveídas en encargo con empleados de carrera y si no existe en la entidad quien cumpla con todos los requisitos, se proveerá mediante nombramiento provisional.

En cuanto a lo concerniente con Contraloría General de la República, tenemos que dicha entidad se rige por lo dispuesto en el Decreto Ley 268 de 2000 "Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República" que en su artículo 11 establece que su Dirección Administrativa o quien haga sus veces es quien garantiza la operación y funcionamiento de la carrera administrativa en el proceso de vinculación, evaluación de desempeño, entre otras, y en particular, es quien elabora los proyectos de convocatorias a concursos, designa jurados y demás funciones relacionadas con el sistema de méritos propio de este organismo.

Por otra parte, en cuanto a los concursos de méritos de la Contraloría General de la República en el Decreto Ley 267 de 2000 en su artículo 71 numeral 4 dispone que la Dirección de Carrera Administrativa de esta Entidad es la encargada del diseño y elaboración de sus convocatorias para los concursos o procesos de selección que tienen como finalidad que sean provistos los empleos de carrera.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

"Los cargos de asesores de un ente de control tienen la categoría exclusiva de ser de libre nombramiento y remoción?"

R/ En criterio de esta dirección jurídica, si el cargo de asesor al que se hace referencia se encuentra descrito en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, será de libre nombramiento y remoción, de forma contraria dicho cargo será de carrera administrativa y deberá proveerse mediante concurso de méritos.

"¿Cuál es el alcance de un "concepto marco" proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en relación con las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004?"

R/ Por regla general y en virtud del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011⁴, los conceptos emitidos por autoridades públicas no tienen carácter obligatorio, salvo que exista disposición en contrario.

Sin embargo, como quiera que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucionalmente facultada para vigilar y administrar la carrera administrativa general y específica, se colige que sus conceptos deben ser aplicados por parte de las entidades públicas, pero es de aclarar, que estos no tienen fuerza de Ley, pues no obliga a la Administración a actuar de determinada manera, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia C-487 de 1996.

Teniendo en cuenta lo señalado por el DAFP en el Criterio Unificado 13082019 de 2019, es válido afirmar que los asesores en un ente de control, ¿con funciones contenidas en el Manual de Funciones puedan ser de planta y no de libre nombramiento y remoción?

R/ Reiteramos la conclusión del punto No. 1, en el sentido que, si el cargo de asesor que es objeto de consulta se encuentra en lo descrito en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, será de libre nombramiento y remoción, si por el contrario no se encuentra dentro de dichos preceptos será de carrera administrativa.

Ahora bien, se aclara que el criterio unificado No. 1308219, no fue emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, pues emitimos conceptos a solicitud de parte y conceptos macro, este criterio es propio de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

"Teniendo en cuenta lo señalado en el Criterio Unificado 13082019 de 2019 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del análisis de procedencia de los cargos de libre nombramiento y remoción (numeral 1 Concepto Unificado), es posible determinar de alguna manera, mediante alguna excepción legal que ustedes hayan revisado, que los asesores de la Auditoría General de la República (ente de control) deben ser exclusivamente y de forma excluyente de libre nombramiento y remoción, o dichas vacantes podrían ser provistas a través de encargos a funcionarios de carrera?"

R/ Se reitera la respuesta del punto No. 1, en el sentido de que si los cargos de asesores de la Auditoría General de la República a los que se hace referencia en esta pregunta están descritos en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, serán de libre nombramiento y remoción, de no encontrarse allí, serán empleos de carrera.

Ahora bien, en cuanto al encargo, el capítulo 3 del Decreto 1083 de 2015⁵, en el artículo 2.2.5.3.1, establece que las vacantes definitivas en

empleos de libre nombramiento y remoción se proveen mediante nombramiento ordinario o encargo con empleados de carrera.

¿Existe normativa contenida en conceptos proferidos por el DAFP en el que se concluya que los asesores de la Auditoría General de la República (ente de control) deben ser exclusivamente de libre nombramiento y remoción, para afirmar de manera contundente que el tema está suficientemente depurado por el DAFP?

R/ En criterio de esta Dirección Jurídica, y como se ha respondido en los puntos No. 1, 3, 4 y 5, si el cargo de asesor referenciado se encuentra descrito como de libre nombramiento y remoción en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, entonces será de libre nombramiento y remoción, de forma contraria, será un cargo de carrera.

En caso de ser negativa su respuesta, podría proveerse mediante concurso interno de méritos y darle la oportunidad de encargo a funcionarios de carrera administrativa de la misma entidad, con pleno cumplimiento de los procedimientos legales, ¿mientras se surte aquél? Esto dentro del plan de estímulos a los funcionarios

R/ De acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.2.6.1, del decreto 1085 de 2015, las Entidades públicas están facultadas hacer modificaciones, adiciones a su manual de funciones y competencia laborales por medio de su unidad personal o la que haga sus veces, en el caso de consulta, la realización de un concurso interno de méritos para la provisión de un empleo mediante la figura de encargo, siempre y cuando no sea contrario a la Leyes que regulan el empleo público, teniendo en cuenta los mínimos y máximos fijados en el Decreto Ley 785 de 2005⁶. En todo caso, cada modificación debe estar justificada técnicamente y se adopta mediante acto administrativo del jefe de la entidad.

“¿Cuáles fueron los fundamentos legales para que la Contraloría General de la República (CGR) proveyera mediante concurso de méritos los cargos de asesores y directivos al interior de dicha entidad?”

R/ La Contraloría General de la República es competente para elaborar y realizar sus propios concursos de méritos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto Ley 267 del 2000, por medio de su Dirección de Carrera Administrativa, por lo tanto, este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre el particular.

“¿Cuál fue la participación del DAFP en la decisión tomada en la CGR para llevar a cabo tal vinculación de personal mediante concurso de méritos, teniendo en cuenta que aquél se rige por un sistema de carrera especial?”

R/ Como se concluyó en el punto anterior, este Departamento Administrativo no tiene competencia para intervenir en los concursos de méritos realizados por la Contraloría General de la República, por cuanto esta es una disposición de carácter particular.

“¿Existe alguna norma legal o constitucional, concepto, directriz, analizada por el DAFP que lleve a concluir que los asesores de la Auditoría General de la República tienen la categoría exclusiva de cargos de libre nombramiento y remoción? O, como pregunté antes, esos cargos son de carrera que deben proveerse mediante concurso público (inicialmente de ascensos) y mientras se dan los concursos, ¿se pueden encargar a los funcionarios de planta de la entidad?”

R/ Finalmente, conforme a las normas citadas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se reitera la respuesta dada en las conclusiones anteriores, es decir si el cargo de asesor sobre el cual se consulta se encuentra en lo descrito en el artículo 5 de Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción, así será, si contrariamente no está determinado de esta forma, entonces será de carrera administrativa, caso en el cual, debe proveerse mediante encargo o nombramiento provisional mientras se lleva a cabo el respectivo concurso de méritos.

Finalmente, 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 [/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

Proyectó: Lizeth Rumbo.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:12:07