



Función Pública

Concepto 388841 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000388841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000388841

Fecha: 21/10/2022 10:14:18 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Naturaleza y creación de cargos. RAD.: 20229000488522 del veintiuno (21) de septiembre de 2022.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta sobre la provisión de empleos dentro de la planta de personal me permito manifestarle lo siguiente.

Previamente debe indicarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares no es competencia de este Departamento y corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Para empezar, debemos tener en cuenta lo expresado en la Constitución política frente a la existencia del empleo público:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

El texto constitucional es claro al manifestar que todo empleo público estará determinado en la ley o los reglamentos y tendrá asignadas precisas funciones.

Igualmente, es pertinente referirnos a la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, citando el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994, que dispuso:

“ARTÍCULO 1.- Naturaleza jurídica. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos.”

Por su parte, la Ley 489 de 1998, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 83. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicione.”

Sobre la naturaleza de las empresas sociales del estado la Ley 100 de 1993 determinó lo siguiente:

“ARTICULO. 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

De lo anterior se colige que las Empresas Sociales del Estado, son una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Sobre los procedimientos para la reforma o reestructuración de la planta de personal deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, la cual señala que toda reforma de planta 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.

Frente al tema de la reestructuración, reforma o modificación de la planta de personal, el Decreto ley 019 de 2012 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.” (Subrayado nuestro)

De conformidad con lo señalado en el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, que modifica el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse en las 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-, y pueden derivar en la supresión o creación de empleos.

Igualmente, sobre la reestructuración, reforma o modificación de planta de personal, en especial en cuanto a la motivación de la modificación, el Decreto 1083 de 2015 establece:

“ARTÍCULO 2.2.12.2. Motivación de la modificación de una planta de empleos. 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:

Fusión, supresión o escisión de entidades.

Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.

Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.

Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.

Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.

Redistribución de funciones y cargas de trabajo.

Introducción de cambios tecnológicos.

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.

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.”

En ese mismo hilo, sobre los estudios previos que justifiquen las modificaciones de las plantas de personal el decreto 1083 de 2015 refiere:

“ARTÍCULO 2.2.12.3. Estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos. 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:

Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.

Evaluación de la prestación de los servicios.

Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.”

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa transcrita, las reformas de 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, de tal forma que las conclusiones del estudio técnico deriven en la creación o supresión de empleos.

De otro lado, tratándose de entidades territoriales, tanto del nivel central como descentralizadas, éstas cuentan con autonomía administrativa, por lo tanto, no requieren aprobación de ninguna entidad para llevar a cabo sus modificaciones a la planta de personal.

La competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública, en lo que tiene que ver con los procesos de reforma administrativa en el nivel territorial, incluida la modificación de la planta de personal, es únicamente la de brindar la asesoría que tales entidades estimen necesaria. No obstante, cuando se trate de municipios clasificados en 5ª y 6ª categoría, aquellos contarán con el acompañamiento gratuito de la Escuela Superior de Administración Pública, según los términos del Artículo 5º de la Ley 1551 de 2012.

Finalmente, en el escenario de la reestructuración de la planta de personal, y por ende la creación o supresión de empleos, debe resaltarse lo dispuesto en el decreto 1083 de 2015 frente al Registro Público de carrera administrativa así:

“ARTÍCULO 2.2.7.3. Presentación de solicitudes de inscripción o de actualización. Las solicitudes de inscripción o de actualización serán presentadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente por el jefe de la unidad de personal o por quien haga sus veces de la entidad en donde el empleado presta sus servicios.

ARTÍCULO 2.2.7.4. Actualización de inscripción en el Registro Público. Al empleado inscrito en carrera administrativa que cambie de empleo por

ascenso, traslado, incorporación, reincorporación, se le deberá actualizar su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa”.

Con lo cual, una vez se apruebe la creación de los empleos, estos deben reposar en el registro a fin de incorporar en este los empleados que ejerzan dichos cargos.

De acuerdo con lo señalado y teniendo en cuenta el contexto de su consulta “(...) *en una Empresa Social del Estado, se realizó una serie de nombramientos en provisionalidad con una denominación o cargos que no existen o no fueron creados previamente dentro de la planta de personal, dichos cargos al no estar dentro de la planta de personal al momento de un plan de saneamiento fiscal no fueron tenidos en cuenta para a través del ministerio o la entidad pertinente realizar el reconocimiento de acreencias dentro de ese plan”.*

Me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿Conforme a la normatividad colombiana era posible la realización de nombramientos en provisionalidad en cargos inexistentes en la planta de personal?

El nombramiento en provisionalidad obedece a una forma de proveer una vacante temporal o definitiva y en tal sentido el empleo debe existir en la planta de personal respectiva.

¿Son legales estos nombramientos?

A esta Dirección jurídica no le es competente para pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones o actos realizados por las entidades, de allí que, para obtener un pronunciamiento sobre la legalidad de los nombramientos deberá acudir a la autoridad jurisdiccional correspondiente.

¿Los nombramientos realizados de esta forma pueden generar en el nombrado, derechos adquiridos, aun teniendo en cuenta que son ilegales o no se realizaron conforme a la normatividad?

Corresponderá al juez competente determinar si tiene o no derechos adquiridos.

¿Es posible subsanar el nombramiento mediante la creación del cargo con posterioridad al nombramiento?

El estudio y el análisis de las necesidades de la administración le corresponde a la entidad.

¿Cuál sería el mecanismo para desvincular correctamente a estas personas que fueron nombradas en provisionalidad, teniendo en cuenta que no se creen dichos cargos y que no se podría ejecutar concurso para proveer la vacante de manera definitiva, dado que dicha vacante en estricto sentido no existiría por no estar dentro de la planta de personal?

En la petición no se describe las situaciones particulares con la claridad suficiente para responder como pueden ser desvinculadas correctamente a estas personas que fueron nombradas en provisionalidad en empleos públicos que presuntamente no existen, no obstante, la validez o legalidad de un acto debe ser puesta en conocimiento de la jurisdicción contenciosa a fin de que esta sea la que se pronuncie.

¿En qué faltas y/o delitos pudieron haber incurrido los funcionarios o empleados que realizaron estos nombramientos en provisionalidad?”.

No es competencia de esta dirección pronunciarse sobre la posible responsabilidad de quienes presuntamente hayan realizado nombramientos en provisionalidad en empleos que no estaban debidamente creados, para tales efectos debe ponerse en conocimiento de los jueces y autoridades competentes las situaciones presuntamente irregulares.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link [/web/eva/gestor-normativo](#), «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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Pablo C. Díaz B.

Reviso: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado.

Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:58:41