



Concepto 185571 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

0236000185571*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000185571

Fecha: 11/05/2023 05:26:44 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Provision. Radicado 20232060207702 de fecha 10 de abril de 2023. Respetada señora:

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual manifiesta lo siguiente:

“Actualmente dentro de la planta de personal de la Administración Municipal, hay varios cargos provisionales, entre ellos dos cargos de auxiliares administrativas, donde las personas que los ocupan son profesionales en Administración Pública.

Dentro del plan de desarrollo de la vigencia 2020- 2023, se tiene proyectado como meta realizar un rediseño institucional, en donde se pretende crear nuevos cargos, que permitan mayor eficiencia en el desempeño de las funciones de la Administración Municipal; por lo tanto, se ve la necesidad de crear un Profesional Universitario con un perfil de ADMINISTRACION FINANCIERA.

¿Es procedente nombrar a una de las dos Auxiliares administrativas que actualmente están mediante nombramiento en PROVISIONALIDAD en ese nuevo cargo? ¿Existe alguna limitante para que yo no pueda nombrar a libre albedrío a una de las dos, teniendo en cuenta que las dos están mediante nombramiento en PROVISIONALIDAD? ¿La otra auxiliar que no sería nombrada tiene algún derecho de exigir que la nombren a ella? o que eleven el cargo a concurso de ascenso interno? ¿Para nombramiento de nuevos cargos, debo tener en cuenta Mi planta de personal es decir los funcionarios de carrera nombrados mediante concurso de méritos y los funcionarios de carrera nombrados mediante PROVISIONALIDAD? Tenemos entendido que antes de nombrar a una persona en un cargo, la administración municipal está en el deber de mirar dentro de su planta de personal actual si existen funcionarios que cumplan con el perfil, pero se presenta un interrogante grande de si se deben tener o no en cuenta los provisionales

Lo anterior obedece a que dentro del marco normativo explica que se debe tener en cuenta los empleados de carrera administrativa y que son ellos los que poseen este tipo de derechos, sin embargo, no es claro si se deben tener en cuenta los PROVISIONALES, ya que el Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia consagra: “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.

De acuerdo a lo anterior podemos deducir que los provisionales son de CARRERA ADMINISTRATIVA Y que se deberían tener en cuenta”

Frente a lo anterior, inicialmente, es importante destacar que según el Decreto 430 de 2016¹, 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, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos la legalidad de las actuaciones de las entidades, estas declaraciones le corresponden a los Jueces de la República.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por lo cual este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre casos particulares que se presenten al interior de

las entidades, como es el caso de si deben proveer empleos con los provisionales específicos que tienen en la entidad. No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo lo siguiente:

Frente a la forma de acceder a un empleo público, la Constitución Política 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.

(...)”.

(Subrayado y Negrita fuera del Texto).

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”, expresa:

“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”.

De lo anterior se colige que los empleos de las entidades y organismos del Estado, son de carrera administrativa, y se proveen por nombramiento en período de prueba o ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante un proceso de selección o concurso.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

No obstante, las entidades del Estado por necesidades del servicio, pueden proveer los empleos de carrera en forma transitoria, ya sea mediante nombramiento en encargo o nombramiento en provisionalidad, tal y como lo dispone el Decreto 1083 de 2015, en su artículo 2.2.5.3.1 así:

“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.” (Negrilla fuera de texto original)

La Ley 1960 de 2019, «por el cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones», sobre el encargo dispone:

“ARTÍCULO 1. 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.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.”

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», al referirse a los encargos, señaló:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.”

Conforme con lo anterior, la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto Ley 2400 de 1968, art. 18) para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente.

Cuando se presenta una vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera administrativa, ésta podrá proveerse mediante encargo, únicamente con empleados de carrera siempre que cumplan con los requisitos y el perfil para su desempeño, conforme al mencionado artículo 1° de Ley 1960 de 2019.

De lo anterior puede concluirse que los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual específico de funciones 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; igualmente 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.

Nombramiento provisional:

Los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma.

De acuerdo con lo anterior, es viable concluir que en el evento que se presenten vacancias temporales o definitivas en empleos considerados de carrera administrativa, la figura del encargo se debe aplicar para los empleados públicos con derechos de carrera administrativa, en ese sentido, el nombramiento en provisionalidad procede, siempre que dentro de la planta de personal de la entidad no haya empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, para que la Administración efectúe un nombramiento provisional en un empleo de carrera que presenta vacancia en forma definitiva sobre el que no se haya adelantado el correspondiente proceso de selección, deberá, en primer lugar, acudir al encargo con empleados que ostenten derechos de carrera que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019 y solo en ausencia de éstos y, de manera excepcional, podrá acudir al nombramiento provisional.

Ahora bien, procederemos a dar respuesta en el mismo orden la petición así:

¿Es procedente nombrar a una de las dos Auxiliares administrativas que actualmente están mediante nombramiento en PROVISIONALIDAD en ese nuevo cargo?

Respuesta: De acuerdo con lo anteriormente citado en el evento que no existan empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan requisitos para el empleo, la administración podrá nombrar a provisionales siempre y cuando estos cumplan los requisitos del empleo a proveer.

Con relación a su segunda inquietud en la cual pregunta *¿Existe alguna limitante para que yo no pueda nombrar a libre albedrío a una de las dos, teniendo en cuenta que las dos están mediante nombramiento en PROVISIONALIDAD*, frente a lo anterior, me permito reiterarle la respuesta anterior, en el evento que no existan empleados con derechos de Carrera administrativa que tengan el derecho, la administración podrá nombrar con carácter provisional siempre y cuando estos cumplan los requisitos del empleo.

Con relación a su tercera inquietud en la cual pregunta *¿La otra auxiliar que no sería nombrada tiene algún derecho de exigir que la nombren a ella? o que eleven el cargo a concurso de ascenso interno?* frente a lo anterior, me permito manifestarle que los empleados nombrados en provisionalidad no adquieren derecho alguno a que sean nombrados en empleos con grados superiores que se encuentren vacantes.

Con relación a su cuarta inquietud en la cual pregunta *¿Para nombramiento de nuevos cargos, debo tener en cuenta Mi planta de personal es decir los funcionarios de carrera nombrados mediante concurso de méritos y los funcionarios de carrera nombrados mediante PROVISIONALIDAD*. Frente a lo anterior, me permito manifestarle que se dio respuesta en la pregunta número uno.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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: Luis Fernando Núñez

Revisó: Maia Borja.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:18:55