



Concepto 000751 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

2024600000751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 2024600000751

Fecha: 02/01/2024 10:10:20 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Provisión. Procedimiento. Radicado 20239001022072 de fecha 20 de noviembre de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre el procedimiento a seguir para proveer unos empleos públicos, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que, respecto de la clasificación de los empleos públicos y su forma de provisión, en el concepto marco 07 de 2017 de esta dirección jurídica se hizo un estudio sobre el particular, señalando¹:

"De acuerdo con lo prescrito en el Artículo 123 de la Constitución Política, el término "servidor público" es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales.

El Artículo 125 de la Constitución Política consagra en su inciso primero que "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."

El personal al servicio del Estado se clasifica en miembro de corporación pública, empleado público, trabajador oficial o trabajador que se rige por las normas del derecho privado, dependiendo de su vinculación se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro, así:

1.1. Empleados públicos

Son los servidores cuya vinculación se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión. Su relación laboral se encuentra establecida por la ley o por reglamentos. Los requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración y prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentran determinados en el manual de funciones o en la ley.

El empleado público puede ser de varios tipos:

De carrera administrativa. Esta es la regla general y la provisión definitiva de estos empleos se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; de manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.

De libre nombramiento y remoción, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos señalados en el Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

(...)

FORMAS DE PROVISIÓN DE ACUERDO CON LA CLASIFICACIÓN DEL EMPLEO Las siguientes son las formas de provisión de los empleos de acuerdo con su clasificación: 3.1. Empleos de carrera administrativa

La provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa se hará de acuerdo al orden de prioridad establecido en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015...

Los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes en forma definitiva se podrán proveer, mientras se adelantan los respectivos procesos de selección, preferencialmente, mediante encargo a los empleados de carrera, siempre que cumplan con las siguientes condiciones: (...)

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional. (...)

3.2. Empleos de libre nombramiento y remoción

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos en forma definitiva por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004 y/o las normas que la modifiquen o sustituyan. Además están sujetos al cumplimiento de la Ley 581 de 2000 o Ley de Cuotas la cual establece la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración. Cada ente territorial debe reportar a la Función Pública, anualmente, el porcentaje de participación de las mujeres en estos niveles.

Frente al tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-540/98, señaló:

“... los empleos del Estado son de carrera y la excepción los de libre nombramiento y remoción. De otra parte, la Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 CP), autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.”

Respecto de este tema consideramos importante hacer referencia a los empleos calificados por la Ley 909 de 2004, Artículo 47, como de Gerencia Pública, que son los que conllevan ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial. Igualmente, establece la norma que los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, para su provisión se deberán observar las disposiciones sobre este tema en la Ley 909 de 2004, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza.

Los empleos 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, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, la clasificación de los empleos públicos es un tema de reserva legal, por lo que al momento de clasificarse un empleo como de carrera administrativa o como de libre nombramiento y remoción se deberán tener en cuenta los requisitos de unos y otros dentro de la planta de personal. Es importante anotar que igualmente, la forma y los criterios de provisión cambian ostensiblemente, de manera que no resulta viable hacer la provisión de un empleo de carrera administrativa mediante un nombramiento ordinario (propio de los empleos de libre nombramiento) o en los empleos de libre nombramiento y remoción mediante un nombramiento en periodo de prueba o en provisionalidad (como si puede hacerse en un empleo de carrera administrativa).

De acuerdo con lo anterior y dependiendo de la naturaleza de los empleos, de conformidad con los criterios que haya tenido la entidad para la modificación de la planta la Ley 909 de 2004², sobre el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

“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.

(...)

“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”.

(...)

ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño (...) (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública" establece:

"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". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De acuerdo a las normas citadas, 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. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Señala la norma, que, en cuanto a 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.

En cuanto a 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 2004³.

Por su parte, 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, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

De esta manera, conforme a lo expuesto y respondiendo a su consulta, dependiendo de la naturaleza de los empleos que se hayan creado y de conformidad con los lineamientos anotados, se realizará la provisión de los mismos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los empleos de agentes de tránsito, le informo que, en los términos del artículo 20 del Decreto 785 de 2004 dicho empleo corresponde a carrera administrativa y en el nivel asistencial, por lo que, su provisión se hará 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; solo en caso de no existir lista que pueda ser utilizada se deberá encargar al empleado con derechos de carrera administrativa que cumpla con los requisitos para su ejercicio y en el última instancia se podrá acudir al nombramiento provisional, como medida excepcional.

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 <http://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: Alessandro Saavedra Rincón

Revisó: Maia Borja.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84333>

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

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

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:56:46