



Función Pública

Concepto 91921 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000091921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000091921

Fecha: 21-03-2019 06:52 pm

Bogotá D.C.

REF. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. EMPLEO. Cambio de naturaleza. RADICADO. 20192060057632 del 15 de febrero de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente que un empleado vinculado en provisionalidad pueda comisionarse o encargarse de un cargo de libre nombramiento y remoción me permito informarle:

1. Respecto al encargo:

El artículo 18 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagra:

“ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo”. (Subrayado fuera de texto)

El artículo 2.2.5.3.3. del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala:

“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. (subrayado fuera de texto)

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.”

Por lo tanto, el encargo en empleos de libre nombramiento y remoción deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

El encargo también se encuentra regulado por la Ley 909 de 2004, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

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.”

En consecuencia, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera, tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio. Asimismo, los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos solo a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción.

De acuerdo con las normas indicadas, la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción con vacancia temporal podrá proveerse mediante un encargo siempre y cuando el empleado público sea de carrera o de libre nombramiento y remoción, y a su vez, cumpla con los requisitos y el perfil para su desempeño. Lo anterior significa, que no es procedente nombrar mediante encargo en un empleo de libre nombramiento y remoción, a un empleado vinculado con carácter provisional.

Por lo tanto, si en el caso planteado en su petición se presentó un encargo de un provisional en un cargo de libre nombramiento y remoción, lo que se efectuó es un nuevo nombramiento.

2. Reclasificación de un empleo.

Respecto de los cargos públicos, la Constitución Política señala:

“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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

De acuerdo con lo anterior, es claro que por regla general los empleos en las entidades públicas son considerados de carrera administrativa, la excepción la constituyen los empleos de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley como es el caso de los empleos de período y los temporales.

Por su parte, la Ley 909 de 2004, en el artículo 1 indica que los empleos se clasifican en: 1) empleos de carrera; 2) empleos públicos de libre nombramiento y remoción; 3) Empleos de período fijo y empleos temporales.

Ahora bien, es preciso señalar que no existe una categoría de empleo provisional, se trata entonces de empleos de carrera administrativa que al no ser provistos mediante concurso y frente a la no existencia dentro de la planta de personal de la entidad empleados con derechos de carrera que puedan ser encargados en los mismos, se proveen de manera excepcional con nombramientos provisionales.

De otro lado, respecto de la clasificación de los empleos contenidos en los manuales específicos de funciones y de competencias laborales de las entidades u organismos públicos, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, señala:

“ARTÍCULO 5º. 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:

(...).

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente; (...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e). <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”

De acuerdo con la norma, por regla general los empleos en las entidades u organismos públicos son clasificados como de carrera administrativa y para determinar si un empleo se considera como de libre nombramiento y remoción, se deberá revisar cuidadosamente si el empleo objeto de estudio obedece a alguno de los criterios que la ley ha considerado para clasificarlo como como de libre nombramiento y remoción, como son el pertenecer a empleos que se consideren de dirección, conducción y orientación institucionales; empleos que se encuentren adscritos al despacho de los empleados indicados en la norma transcrita; empleos cuyo ejercicio implique especial confianza; empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado etc.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, en caso de pertenecer a alguno de estos criterios, se considera que el empleo se clasifica como de libre nombramiento y remoción; por el contrario, en el caso que no se trate de un empleo que cumpla con estos criterios, se considera que el empleo se clasifica como de carrera administrativa; no obstante dicho análisis deberá realizarlo el interesado teniendo en cuenta las pautas que brinda la ley y que se han indicado en el presente concepto.

Finalmente, respecto del cambio de naturaleza de los empleos públicos, la citada Ley 909 de 2004, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º. Cambio de naturaleza de los empleos. El empleado de carrera administrativa cuyo cargo sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña,

si existiere vacante en la respectiva planta de personal; en caso contrario, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.

Cuando un empleo de libre nombramiento y remoción sea clasificado como de carrera administrativa, deberá ser provisto mediante concurso.”

De acuerdo con lo anterior, en el caso que la ley señale el cambio de clasificación de un empleo de libre nombramiento y remoción y por consiguiente este se considere como de carrera administrativa, deberá ser provisto mediante concurso; por el contrario, en caso que la ley modifique la clasificación de un empleo de carrera como de libre nombramiento y remoción, el empleado deberá ser trasladado a otro de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña, si existiere vacante en la respectiva planta de personal; en caso contrario, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.

En todo caso, se reitera que la clasificación de los empleos públicos la otorga la ley, en ese sentido, en el evento que se presente modificación en la clasificación del empleo será igualmente en cumplimiento de la ley, por consiguiente, se colige que la clasificación de los empleos no los otorga la entidad u organismo público ni el paso del tiempo.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

PRojas/JFCA

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:58:08