



Concepto 102921 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000102921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000102921

Fecha: 24/03/2021 05:52:59 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ACTO ADMINISTRATIVO. Presunción de legalidad. RAD. [20212060133952](#) del 12 de marzo de 2021.

Me refiero a su comunicación, radicada en este despacho el 12 de marzo de 2021 mediante la cual consulta sobre la diferencia entre un decreto y una resolución expedida por un alcalde y si es procedente efectuar un nombramiento provisional a través de un decreto del primer mandatario local.

En atención a la misma, me permito informarle que el artículo 3 de la Ley 4 de 1913 “sobre régimen político y municipal” establece una definición sobre decretos y resoluciones de los alcaldes que puede ser confusa. En efecto, dicho artículo señala que:

ARTICULO 3. Son Agentes del Poder Ejecutivo, y cooperan al ejercicio de dicho Poder: el Gobernador, en cada Departamento; el Prefecto, en cada Provincia, y el Alcalde y sus subalternos, en cada Municipio.

Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan comúnmente decretos; los de carácter especial, resoluciones, bien que en ocasiones son objeto de los primeros, asuntos de carácter especial, y recíprocamente, son de los segundos, otros de carácter general.

Según esta norma, los decretos son expedidos por los alcaldes para atender situaciones de carácter general y las resoluciones para referirse a situaciones especiales. No obstante, el mismo artículo indica que *en ocasiones*, los decretos pueden versar sobre asuntos especiales y las resoluciones sobre temas de carácter general, equiparando su uso para cualquier caso.

Por su parte, el artículo 93 de la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” indica que para la debida ejecución de los acuerdos y para ejercer las funciones propias de su cargo, lo alcaldes dictarán decretos, resoluciones y órdenes, sin detallar en qué caso procede cada una de estas figuras. Veamos:

ARTICULO 93. ACTOS DEL ALCALDE: El alcalde para la debida ejecución de los acuerdos y para las funciones que le son propias, dictará decretos, resoluciones y las órdenes necesarias.

Así las cosas, establecer la diferencia entre un decreto y una resolución del alcalde puede resultar inane, toda vez que existe una habilitación legal para que dicho funcionario expida decretos o resoluciones independientemente de la materia de la que se trate.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” dispone en su artículo 88 que los actos administrativos se presumen legales mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

ARTÍCULO 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Esto significa que los actos administrativos expedidos por los alcaldes o por cualquier otra autoridad gozan de presunción de legalidad hasta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no diga lo contrario, y, en esa medida, más allá de escudriñar si se ha debido expedir un decreto o una resolución, lo procedente es entrar a analizar el contenido concreto del acto administrativo del alcalde para controvertirlo.

Con ese contexto, se procede ahora a resolver el segundo punto de la consulta relacionado con la procedencia de que un alcalde efectúe un nombramiento provisional:

En primer lugar, es preciso hacer referencia a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política según el cual, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y el ingreso a dichos cargos, así como su ascenso, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley. En efecto, el artículo citado dispone lo siguiente:

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.

PARÁGRAFO. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Resaltado fuera de texto original).

De acuerdo con lo anterior, la Constitución Política establece que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

En consonancia con el párrafo precedente, la Ley 909 del 2004¹ en el artículo 5, establece que los empleos de los organismos y entidades regulados en dicha norma son de carrera administrativa y más adelante, en su artículo 27 señala que:

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. (Resaltado fuera de texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso reiterar que por regla general los empleos en el sector público son de carrera administrativa y que para acceder a los mismos es necesario que se surtan los procesos de selección correspondientes y que los candidatos acrediten el cumplimiento de los requisitos para ocuparlos.

Sobre los procesos de selección para la provisión de las vacantes definitivas de los empleos públicos, la Ley 1960 de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004 establece en su artículo 2 que la entidad competente para adelantarlos es la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que ésta delegue o desconcentre la función y que se podrán llevar a cabo a través de contratos o convenios interadministrativos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas para tal fin.

Ahora bien, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 24. Modificado por la Ley 1960 de 2019, artículo 1º. 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 1º. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2º. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador 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.

Parafraseando el contenido de este artículo, el encargo procede en aquellos casos en los que se está surtiendo el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa y el llamado a ocuparlo es el funcionario que ocupe el cargo inmediatamente inferior, siempre y cuando acredite los requisitos para su ejercicio, posea las aptitudes y habilidades para su desempeño, no haya sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

En caso de que no exista ningún funcionario de carrera que pueda ser encargado, se podrá efectuar un nombramiento en provisionalidad, de manera excepcional.

En esta misma línea, el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 dispone:

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.

De acuerdo con estos artículos, los empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera definitiva podrán ser ocupados a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional mientras se surte el debido proceso de selección para su ocupación final.

En conclusión, mientras se surte el proceso de selección para la provisión de un empleo de carrera y cuando no exista ningún funcionario de carrera que pueda ocupar dicha plaza, es procedente que un alcalde mediante decreto realice un nombramiento provisional. Dicho acto administrativo gozará de presunción de legalidad hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncie en sentido contrario.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Oscar Ceballos

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. 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: 2026-01-30 00:19:12