



Función Pública

Concepto 2741 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000002741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000002741

Fecha: 09/01/2015 08:35:26 a.m.

Bogotá D.C.

REF: ENTIDADES.- Clasificación de cargos vinculados en planta temporal. RAD.- 2014206020250-2 del 28 de Noviembre de 2014

En atención a su escrito de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos.

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Cuál es la clasificación de los cargos temporales creados en una ESE cuando la naturaleza de las funciones a desempeñar corresponden a empleos de carrera administrativa?

FUENTES FORMALES Y ANÁLISIS

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso atender lo preceptuado en Constitución Política, la Ley [909](#) de 2004, el Decreto [1227](#) de 2005, el Decreto [3074](#) de 1968, el Decreto [1950](#) de 1973, el Decreto Ley [019](#) de 2012, el Decreto [188](#) de 2004 y sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En atención a su planteamiento jurídico, referente a conceptuar respecto de la la clasificación de los cargos temporales creados en una ESE cuando la naturaleza de las funciones a desempeñar corresponden a empleos de carrera administrativa, es preciso señalar:

La Constitución Política, respecto de los cargos públicos, 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.”
(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la anterior norma, por regla general los empleos en las entidades y organismos públicos son clasificados como de carrera administrativa, siendo la excepción los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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.

La norma ibídem en el artículo 21, frente al particular señala:

“ARTÍCULO 21.- Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
 - b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
 - c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
 - d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.
2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.
3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Respecto de la vinculación en un empleo temporal, el Decreto 1227 de 2005, señala:

“ARTÍCULO 1°. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ARTÍCULO 2°. El régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales será el que corresponda a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido en la ley.

ARTÍCULO 3°. El nombramiento en un empleo de carácter temporal se efectuará teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer. Para el análisis del perfil y de las competencias requeridas, la entidad deberá consultar las convocatorias que le suministre la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Cuando, excepcionalmente, no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad.

El ingreso a empleos de carácter temporal no genera el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera.

ARTÍCULO 4°. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante [fallo](#) de junio 19 de 2008 (Rad. 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06))

PARÁGRAFO.- A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004."

Es decir, que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 y el Decreto [1227](#) de 2005, los empleos temporales son una nueva categoría de empleo diferente de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, su vinculación se produce mediante acto administrativo y su duración se determinara en el estudio técnico que la soporte.

Respecto de la clasificación de los empleos temporales, el Consejo de Estado¹, en Sentencia que declaró la nulidad del Inciso del Artículo 4° del Decreto 1227 de 2005, consideró:

"Como puede observarse, la ley 909 de 2004 estableció como nueva categoría la del "empleo temporal o transitorio", una figura excepcional que sólo puede originarse bajo una de las siguientes circunstancias: para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forman parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo siempre y cuando esté originada en hechos excepcionales, y para desarrollar labores de Consultoría y Asesoría Institucional, de duración total no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

A su vez, la misma norma, en sus numerales 2° y 3°, determina que debe justificarse la creación de estos cargos con motivaciones técnicas en cada caso e igualmente existir la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Definido lo anterior, el ingreso a estos empleos, se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carácter permanente y, si ello no es posible, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos.

En relación con el término de vigencia del nombramiento en un empleo temporal, dispone el decreto 1227 de 2005 que se determinará en el acto nombramiento por el tiempo definido en el estudio técnico (Art. 1°) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2°, Art. 4°) lo cual resulta armónico con la citada ley 909 de 2004, cuando expresa que la justificación para crear este tipo de cargos, deberá contener la motivación técnica y la apropiación y disponibilidad presupuestal.

Lo anterior quiere decir que, cuando el Gobierno previó en el aparte acusado una nueva causal de retiro, como fue la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional, lo que hizo fue exceder su potestad reglamentaria, ya que de la lectura de la ley 909 se deduce fácilmente que sólo estableció como causal específica de retiro del servicio de los empleados temporales, el término de duración fijado en el acto de nombramiento, el cual, se repite, depende tanto del estudio técnico como de la disponibilidad presupuestal.

-
(...)

Además, resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción, como quiera que se trata de personas que forman parte de las listas de elegibles (Art. 3°, decreto 1227 de 2005) esto es, que superaron el concurso de méritos y esperan ser nombrados en el periodo de prueba que les permite acceder a la carrera administrativa; de ahí que su designación en un cargo de esta categoría significa la oportunidad preferencial de acceder a un empleo público en forma transitoria mientras se les nombra permanentemente en la planta de personal.

-
En otras palabras: el Art. 3° inciso 3° del decreto 1227 de 2005 fue muy claro en precisar que el ingreso a un empleo temporal no genera derechos de carrera, pero por ello tampoco se puede concluir que es de libre nombramiento y remoción, lo cual se reafirma con el hecho de que prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del periodo para el cual fueron designados. (...)" (Negrita y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con el anterior pronunciamiento del Consejo de Estado y del inciso final del artículo tercero del Decreto 1227 de 2005, es viable manifestar que los empleos temporales son una nueva categoría de empleos, creados para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forma parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo y para desarrollar labores de Consultoría y Asesoría Institucional. Estos empleos no tienen la categoría de empleos de carrera administrativa ni de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, mediante sentencia C-288 emitida por la Corte Constitucional, indica que en el evento que no exista lista de elegibles al cual acudir, tendrán prelación para proveer dichos empleos los empleados de la entidad titulares de derechos de carrera administrativa, y que cumpliendo con los requisitos que se exigen para el ejercicio del empleo en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, para su provisión, la administración deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como son el grado de estudios; la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber; la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y; otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

CONCLUSION

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que los empleos temporales son una nueva categoría de empleos de naturaleza sui generis, que de conformidad con lo señalado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 serán creados para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forma parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo y para desarrollar labores de Consultoría y Asesoría Institucional, su vinculación se produce mediante acto administrativo y su duración se determinara en el estudio técnico que la soporte.

En atención a la segunda parte de su escrito, referente a establecer si es viable nombrar en la planta de personal temporal a quienes cumplen funciones que por su naturaleza corresponden a empleos de carrera administrativa, me permito manifestarle que si se trata de funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto 3074 de 1968 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968 en el artículo 2 señala:

"ARTICULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. quedará así: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.” (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con la anterior disposición, es viable indicar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual la entidad deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la creación de los cargos que demanda para el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo.

En ese mismo sentido, el Decreto 1950 de 1973 “Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.” establece:

“ARTICULO 7o. Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Subrayas fuera de texto)

El texto subrayado del artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, en la cual abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución. En esta oportunidad expreso la Corte:

“...esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

-

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública.

De igual manera, la norma acusada despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. Así mismo, la creación de empleos en la planta de personal de la administración exige convocar, en igualdad de condiciones, a todos los aspirantes y, de todos ellos, escoger con moralidad y transparencia, al servidor con mayores calidades y méritos. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, le corresponde a la entidad determinar si las actividades a desarrollar son de carácter permanente, caso en el cual

con fundamento en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012, como ya se advirtió, la entidad deberá adelantar una reforma a la planta de personal con el fin de crear el o los empleos requeridos de manera permanente para lo cual es preciso adelantar el plan de acción de que trata la Circular 008 de 2012 del Ministerio de Trabajo, si no es viable asignar o encargar de dichas funciones a un funcionario de planta.

Es importante precisar que las entidades de orden territorial, no están obligadas a remitir al Departamento Administrativo de la Función Pública, para su aprobación o concepto, los estudios técnicos que sirven de fundamento para las propuestas de reorganización institucional.

En ese sentido, el Decreto-ley 0019 de 2012, "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", establece:

"ARTICULO 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 fuera de texto)

A su vez, el Decreto 188 de 2004, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública y se dictan otras disposiciones", dispone:

"ARTÍCULO 13. DIRECCIÓN DE DESARROLLO ORGANIZACIONAL. Son funciones de la Dirección de Desarrollo Organizacional las siguientes:

(...)

8. Emitir concepto técnico para modificación de estructuras, adopción de estatutos internos y plantas de personal en las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional."

De acuerdo con las normas citadas, la competencia de este Departamento Administrativo para emitir conceptos técnicos en torno a la modificación de las plantas de personal de las instituciones estatales está limitada a las entidades nacionales pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

No obstante lo anterior, este Departamento Administrativo presta la asesoría técnica a las entidades territoriales que así lo soliciten en el cumplimiento de las políticas de empleo público adoptadas por el Gobierno Nacional, a través de la Dirección de Desarrollo Organizacional, para lo cual la entidad que lo requiera deberá efectuar la solicitud por escrito a la citada dirección.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MAIA VALERIA BORJA GUERRERO

Profesional Especializado – Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero ponente: Jaime Moreno García Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008).- Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06).

Harold Herreño/ MVBG/GCJ-601

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:05:51