



Concepto 290331 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000290331

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000290331

Fecha: 09/08/2021 07:34:25 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Derecho preferencial de encargo. Procedimiento. RAD.: 20212060532812 del 21 de julio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual formula varias inquietudes con relación al procedimiento para proveer un empleo mediante encargo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de la forma de proveer vacancias temporales o definitivas de empleos de carrera administrativa, el Artículo 24 de 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, señala:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por art. 1, Ley 1960 de 2019. 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, De acuerdo con lo señalado en precedencia, el jefe de personal o quien haga sus veces en la entidad, deberá verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades para el desempeño de empleo, para que el servidor pueda tomar posesión en el cargo.

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, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” (Subrayado nuestra)*

Sobre el encargo, el Decreto 1083 de 2015¹, señala:

“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. (...)

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.

ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. 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 temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

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.”

De otro lado, se advierte que el Decreto 1083 de 2015, establece respecto de la verificación de requisitos para tomar posesión en un empleo:

“**ARTÍCULO 2.2.5.1.5. Procedimiento para la verificación del cumplimiento de los requisitos.** Corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento:

1. Verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.

2. Verificar directamente los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales del aspirante, dejando las constancias respectivas.

PARÁGRAFO 1. No se podrán exigir al aspirante constancias, certificaciones o documentos para el cumplimiento de los requisitos que reposen en la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 2. Cuando los requisitos para el desempeño de un cargo estén señalados en la Constitución, la ley o los decretos reglamentarios, los manuales de funciones y de competencias laborales se limitarán a hacer transcripción de los mismos, por lo que no podrán establecer otros requisitos. (...).”

“**ARTÍCULO 2.2.5.1.8. Posesión.** La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado. (...).”

“**ARTÍCULO 2.2.5.7.6. Responsabilidad del jefe de personal.** Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en los organismos o entidades deberán verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades para el desempeño del empleo. (...).”

De acuerdo con lo señalado en precedencia, el jefe de personal o quien haga sus veces en la entidad, deberá verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades para el desempeño de empleo, para que el servidor pueda tomar posesión en el cargo.

Con base en la normativa transcrita, se da respuesta a sus inquietudes así:

1. ¿Se puede encargar un funcionario con registro disciplinario en los antecedentes de la Procuraduría (desde el 2017) en un cargo de Libre Nombramiento y Remoción (LNR)?

Según lo establece el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en un cargo de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, siempre que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

Ahora bien, la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece:

“**ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA.** Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el Artículo 53 del Libro Tercero de este código.

(...)”

“**ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES.** También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

(...)"

"ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

(...)"

"ARTÍCULO 45. DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los Artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera." (Resaltado nuestro)

Por consiguiente, la ley disciplinaria se aplica a los servidores públicos, estableciendo entre otras, la inhabilidad para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, a quienes se hallen en estado de interdicción o judicial o inhabilitados por una sanción disciplinaria o penal, o suspendidos en el ejercicio de su profesión o excluidos de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

Sobre este asunto, debe traerse a colación lo señalado por la Ley 190 de 1995, que sobre el particular señala:

"I. RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

A. CONTROL SOBRE EL RECLUTAMIENTO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

ARTÍCULO 1. Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:

1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos.

2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información.

3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.

(...)

PARÁGRAFO. Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Sólo podrán considerarse como antecedentes las providencias ejecutoriadas emanadas de autoridad competente." (Subrayado nuestro)

Así las cosas, como parte del procedimiento para el nombramiento en encargo, para realizar la posesión en el cargo, la entidad respectiva deberá verificar la inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad de orden constitucional o legal para ocuparlo.

Por consiguiente, quien pretenda ser nombrado en encargo en un empleo de libre nombramiento y remoción, podrá hacerlo aún si existe registro en sus antecedentes disciplinarios, siempre que el mismo no implique una inhabilidad para ejercer cargos públicos que se encuentre vigente o que el cargo no exija la inexistencia de antecedentes disciplinarios para acceder a éste.

2. ¿El anterior encargo debe cumplir el derecho preferencial a encargo?

Respecto al concepto u objeto "de libre nombramiento y remoción" se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza, puede ser elegida y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede

disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistos de manera temporal mediante encargo con empleados que ostentan derechos de carrera administrativa o con empleados de libre nombramiento y remoción durante el tiempo que dure la vacancia temporal.

En ese sentido, se considera que cuando se trate de proveer empleos de libre nombramiento y remoción en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública, es facultativa la provisión de un empleo de libre nombramiento y remoción mediante encargo, en atención a la naturaleza de dichos cargos.

Ahora bien, le corresponderá en todo caso al Jefe de Talento Humano, o a quien haga sus veces, certificar el cumplimiento de requisitos del aspirante para el ejercicio del empleo, conforme a las previsiones del manual específico de funciones y de competencias laborales.

2. (sic) ¿Se puede encargar a un funcionario que tiene demandada la entidad donde trabaja y donde participaría en decisiones como el Comité de conciliación de la entidad?

Sobre el particular, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Así las cosas, es pertinente indicar que una vez revisadas las normas de administración de personal del sector público, principalmente el contenido entre otros en los Artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el Artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, no se evidencia norma que prohíba que quien ha presentado demanda en contra de una entidad permanezca vinculado o pueda ser encargado en otro empleo en la misma.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que de conformidad con el numeral 5 del Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, en caso de existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, el interesado deberá declararse impedido para conocer del asunto.

3. ¿Para un encargo se deben cumplir los requisitos de experiencia, de estudios y de competencias?

De acuerdo con lo prescrito por el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y los Artículos 2.2.5.1.5. y 2.2.5.7.6. del Decreto 1083 de 2015, el jefe de personal o quien haga sus veces en la entidad, deberá verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades para el desempeño de empleo, para que el servidor pueda tomar posesión en el cargo.

4. ¿Se deben verificar en un encargo (servidor de carrera administrativa) en un cargo de LNR los conocimientos básicos del manual de funciones para otorgarlo?

Se reitera lo señalado en la respuesta que antecede, pues para ser nombrado en encargo, el empleado debe cumplir con los requisitos y calidades para el desempeño de empleo.

5. ¿Se debe diligenciar la información de la Ley 2013 para encargos de funcionarios de carrera en empleos de LNR?

La Ley 2013 del 30 de diciembre de 2019, obliga a altos funcionarios del Estado a publicar su información de bienes y Rentas en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público - SIGEP, así como el registro de conflictos de interés, la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, así como los aportes de elección.

De esta manera, la unidad de personal de las entidades públicas es la encargada de recopilar y clasificar la información suministrada en la declaración juramentada de bienes y rentas, información que solo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servicio público.

La finalidad de diligenciar la declaración juramentada de bienes y rentas consiste en la posibilidad que le asiste a la Administración para detectar eventuales incrementos injustificados del patrimonio económico de un empleado público; es decir, que se trata de un mecanismo tendiente a salvaguardar la moralidad pública e incentivar la probidad de los servidores públicos. Con el fin de cumplir con lo anterior, la entidad verificará la autenticidad del contenido de la citada declaración, mediante el sistema de muestreo o selección al azar.

Es decir, que la declaración juramentada de bienes y rentas se debe presentar ante la unidad de personal de las entidades públicas sin ningún tipo de soporte, únicamente, en el evento que la citada declaración de un empleado público sea seleccionada por parte de la unidad de personal de la entidad o por la autoridad competente para verificar lo que allí se ha manifestado, será pertinente que el empleado público presente los soportes del caso.

En consecuencia, según lo establecido en la Ley 2013 de 2019, solo los altos funcionarios del Estado referidos en el Artículo 2 de la norma, están obligados a publicar y divulgar su declaración de bienes y rentas, el registro de conflictos de interés y la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE PÁGINA:

1 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:24:25