

**Función Pública**

Concepto 295521 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000295521

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000295521

Fecha: 11/08/2021 01:19:36 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - Encargo. Radicado No. 20212060573462 de fecha 10 de agosto de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita orientación sobre cuáles son los criterios que definen el empleo inmediatamente anterior, para efectos de proveer un cargo que entrará en vacancia definitiva y se proveerá mediante la figura de encargo, siendo el cargo a proveer un TECNICO OPERATIVO e indicando que los empleos inferiores a ese son asistenciales existiendo cuatro cargos dentro de la planta de personal de la entidad. Así mismo, plantea la situación de un funcionario de la siguiente manera: *“Un funcionario superó periodo de prueba en diciembre de 2020 y suscribió compromisos laborales por dentro del periodo anual por el tiempo comprendido entre el 31 de diciembre de 2020 y el 31 de diciembre de 2021, el cual fue evaluado dentro de los primeros 15 días hábiles del mes de febrero de 2021, contando con calificación definitiva sobresaliente. ¿Con esta calificación se considera que se trata de un servidor público con derechos de carrera administrativa y reúne el requisito para ser encargado o, por tratarse de calificación de un solo mes debe tenerse en cuenta es la calificación en periodo de prueba, caso en el cual sólo se tendría aplicaría para encargo si no existen servidores con derechos de carrera que reúnan los requisitos para ser encargados?”*; al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir, revisar o determinar el orden de empleos para proveer vacantes. No obstante, consideramos necesario realizar el siguiente pronunciamiento respecto a la figura del encargo.

Previo a desarrollar el tema del encargo, es importante mencionar lo relacionado a la provisión de las vacancias, es así que 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 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. (Negrilla propia.)

El Artículo 2.2.5.3.3 del mismo Decreto establece la forma de provisionar los empleos en la vacancia temporal:

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.

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. (Negrillas propias)

Ahora bien, consideramos importante mencionar que mediante Circular externa No. 0007 del 05 de agosto de 2021¹, la Comisión Nacional del Servicio Civil, determino lo siguiente:

“Recae en las entidades la facultad de proveer a través del encargo y de forma excepcional con nombramiento en provisionalidad para los empleos de carrera administrativa que se encuentren en condición de vacancia definitiva, actuación que en todo caso deberá salvaguardar el derecho preferencial de encargo, que otorga la carrera a sus titulares, conforme lo dispuesto en los Artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y/o las reglas especiales de cada régimen específico de carrera.

Previamente a su provisión, el nominador o su delegado debe reportar la vacante a través del Sistema de Apoyo para la igualdad, el Mérito y la Oportunidad - "SIMO", por tanto, cumplida esta obligación, no se requerirá solicitar autorización ante la CNSC para proveer los empleos de carrera a través de encargo o nombramiento provisional.

Sobre el particular, la CNSC, en el numeral 5°, "Obligatoriedad de las entidades de informar previamente a su provisión mediante encargo o nombramiento provisional a la CNSC las vacantes definitivas en empleos de carrera que conformarán la oferta pública -OPEC-", de la Circular Conjunta DAFP - CNSC No. 2019100000117 de 29 de julio de 2019, fijó el proceso para el reporte indicando.

En este punto, es oportuno señalar que las entidades, para efectos del reporte de empleos vacantes de forma definitiva, deberán ajustarse a lo dispuesto en el Acuerdo No. 20191000008736 del 06- 09-2019 (modificado por el Acuerdo 20211000020726 del 04- 08 - 2021) y los que los modifiquen adicionen o deroguen.”

Dicho lo anterior y entrando en materia del encargo, el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004², modificado por el Artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece:

ARTÍCULO 24. 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.

(...)

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. (Negrilla propia)

Es necesario mencionar que conforme a las disposiciones del Decreto 1083 de 2015, las entidades pueden tener reglamentos internos para facilitar y llevar a cabo de mejor forma las diferentes situaciones administrativas que se presentan, como es el caso de la provisión de empleos vacantes mediante la figura del encargo, no obstante dichos reglamentos deben ceñirse a lo establecido en los decretos, leyes y la Constitución Política, en atención al principio Constitucional de la jerarquía normativa, estipulada en el Artículo 4° superior.

Así mismo, las entidades son libres de establecer el proceso interno para proveer vacantes, cumpliendo con la totalidad de requisitos y respetando los derechos que la Ley ha concedido al personal de carrera administrativa.

Por otra parte, el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de mayo de 2021, con radicado: 11001-03-25-000-2012-00795-00, precisó:

“Con relación al encargo, esta Corporación señalo que dicha figura además de ser una situación administrativa del servicio público, se erige como un derecho mínimo laboral (preferencial) instituido a favor de los empleados de carrera en el régimen general (Artículo 24 de la Ley 909 de 2004), cuya prerrogativa tiende a garantizar aspectos básicos del sistema de mérito y de los principios de la función pública, como: i) el óptimo funcionamiento del servicio en condiciones de igualdad, eficiencia, imparcialidad y moralidad; ii) el legítimo ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y iii) la protección y respeto por los derechos subjetivos de los funcionarios de carrera, cuya génesis se encuentra en el principio de estabilidad en el empleo.

El derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se ha erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; que debe recaer en un empleado de carrera administrativa 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 para el cargo, no haya sido sancionado disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica.

Así pues, ante la ausencia del empleado con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria. Este procedimiento deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá el nombramiento provisional."

Conforme con lo expuesto en la norma y la jurisprudencia, podemos mencionar que de manera general un funcionario tendrá derecho al encargo, siempre y cuando: sea un empleado con derechos de carrera administrativa, acredite los requisitos para su ejercicio, (incluyendo estudios y experiencia) posea las aptitudes y habilidades para su desempeño, no haya sido sancionado disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente; adicionalmente, que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad; 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.

Por último, en caso de que varios funcionarios de carrera administrativa cumplan con la totalidad de dichos requisitos, es decir, se esté frente a un empate, es necesario tener en cuenta lo mencionado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en criterio unificado de fecha 13 de agosto de 2019, en el cual establece:

"(...) Existirá un empate. cuando varios servidores de carrera cumplan la totalidad de los requisitos exigidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para ser encargados, caso en el cual la administración deberá actuar bajo unos parámetros objetivos y previamente establecidos con fundamento en el mérito, pudiendo aplicar entre otros y en el orden que estime pertinente, los siguientes criterios.

a) El servidor con derechos de carrera administrativa que acredite mayor experiencia relacionada (de acuerdo a lo exigido en el Manual de Funciones y Competencias Laborales).

b) Mayor puntaje en la Última calificación definitiva del desempeño laboral.

c) Pertenecer a la misma dependencia en la que se encuentra el empleo objeto de provisión.

d) El servidor público que cuente con distinciones, reconocimientos u honores en el ejercicio

de sus funciones durante los Últimos cuatro (4) años.

e) El servidor con derechos de carrera que acredite educación formal relacionada y adicional al requisito mínimo exigido para el cargo, para lo cual se verificará la información que se encuentre en la historia laboral. Se deberá establecer un puntaje por cada título de educación formal adicional al requisito mínimo.

f) El servidor con derechos de carrera que acredite la condición de víctima, en los términos

del Artículo 131 de la Ley 1448 de 2011, "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones"

g) El servidor con derechos de carrera más antiguo de la entidad.

h) El servidor de carrera que hubiere sufragado en las elecciones inmediatamente anteriores, para lo cual deberá aportar el certificado de

votación de acuerdo con lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 403 de 1997.

i) De no ser posible el desempate, se decidirá a la suerte por media de balotas, en presencia

de pluralidad de servidores de la entidad. entre ellos control interno. (...)” (Negrilla propia)

Por lo tanto, en caso de empate entre dos o más funcionarios al momento de realizar un encargo, es viable que la entidad aplique los criterios de desempate que previamente haya establecido en su reglamento interno, acatando el cumplimiento de la totalidad de requisitos y lo orientado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así las cosas, para atender su primer cuestionamiento, debemos manifestar que, le corresponde a la entidad determinar con fundamento en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, cuál de los empleados del nivel Asistencial tiene mejor derecho para ser encargado del empleo de Técnico Operativo Código 314.

Sobre la situación planteada del funcionario que termino periodo de prueba y suscribió compromisos laborales entre el 31 de diciembre de 2020 a 31 de diciembre de 2021 y fue calificado en los primeros días del mes de febrero de 2021; debemos indicar lo siguiente:

La Comisión Nacional del Servicio Civil emitió el Acuerdo No. CNSC - 20181000006176 de 2018³, en el cual indicó:

ARTÍCULO 5°. EVALUACIONES PARCIALES Y EVENTUALES EN EL PERÍODO ANUAL. Durante el período anual de Evaluación del Desempeño Laboral se deberán efectuar las siguientes evaluaciones parciales semestrales y eventuales cuando así se requieran:

(...)

Evaluación parcial del segundo semestre. Corresponde al período comprendido entre el primero (1°) de agosto y el treinta y uno (31) de enero del año siguiente. La evaluación deberá producirse a más tardar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su vencimiento.

Evaluaciones parciales eventuales. En las evaluaciones del primero como del segundo semestre, el evaluador deberá tener en cuenta el resultado de las evaluaciones parciales eventuales que se generen por las siguientes situaciones:

(...)

d) La que corresponda al lapso comprendido entre la última evaluación, si la hubiere, y el final del período semestral a evaluar.(...)

(...)

ARTÍCULO 8°. CALIFICACIÓN DEFINITIVA DEL PERÍODO ANUAL. Comprende el período entre el 1 de febrero y el 31 de enero del año siguiente, correspondiendo a la sumatoria de las dos (2) evaluaciones parciales semestrales. Esta calificación deberá producirse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento de dicho período.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en su consulta lo presentado con el funcionario fue una evaluación parcial eventual, dado que se

evaluó el lapso comprendido entre la última evaluación (calificación definitiva del periodo de prueba) y el final del periodo del segundo semestre.

Debemos recordar que dentro de los requisitos para acceder al encargo esta que: *“su última evaluación del desempeño es sobresaliente”*, es decir, la norma no estableció que fuera la última “calificación definitiva del periodo anual”; como consecuencia, en criterio de esta Dirección jurídica, se considera que con esa evaluación parcial eventual con calificación definitiva sobresaliente del funcionario que ostenta derechos de carrera administrativa, se cumpliría con ese requisito para eventualmente acceder a un encargo.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011⁴.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Lineamientos sobre el alcance de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, el 20 de mayo de 2021, radicado: 11001-03-25-000-2012-00795-00, frente al procedimiento de provisión de empleos de carrera administrativa mediante encargos y nombramientos provisionales.
2. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
3. Por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba.
4. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:20