



Concepto 260581 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000260581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000260581

Fecha: 22/07/2021 10:17:14 a.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS- Encargo. RAD. 20219000488122 del 24 de junio de 2021.

Por medio del presente, y en atención a su consulta, en la que solicita se le dé respuesta a los siguientes interrogantes:

1. *Un funcionario de una entidad del Orden Nacional como la DIAN, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la Nación, Instrumentos Públicos, INGEOMINAS, Registraduría Nacional, ICA, SENA, DANE, CORPOICA, lleva trabajando más de diez (10) años aproximadamente y ocupa un cargo de nivel técnico, preguntamos ¿Puede un funcionario de nivel técnico de las entidades antes mencionadas ocupar un cargo de nivel profesional (superior) por encargo en otra entidad no del orden nacional sino de un Ente Territorial (gobernación x)?*

2. *En caso positivo a la pregunta número uno, agradecemos de adjuntar la norma que establece que un funcionario Técnico de una Entidad del Orden Nacional puede ocupar un encargo de Nivel Profesional de un Ente Territorial.*

3. *Un funcionario de una entidad del Orden Nacional como la DIAN, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la Nación, Instrumentos Públicos, INGEOMINAS, Registraduría Nacional, ICA, SENA, DANE, CORPOICA, lleva trabajando más de diez (10) años aproximadamente y ocupa un cargo de nivel profesional, preguntamos ¿Puede un funcionario de nivel profesional de las entidades antes mencionadas ocupar un cargo de nivel profesional (superior) por encargo en otra entidad no del orden nacional sino de un Ente Territorial (gobernación x)?*

4. *En caso positivo a la pregunta número tres, agradecemos de adjuntar la norma que establece que un funcionario profesional de una Entidad del Orden Nacional puede ocupar un encargo de Nivel Profesional (superior) de un Ente Territorial.*

5. *En caso positivo a las preguntas número dos y cuatro, preguntamos: En caso de existir una vacante de un Ente Territorial Departamental (Gobernación X); aclarando que existen funcionarios que cumplen con los requisitos para ocupar dicho cargo ¿Quién tiene derecho a ocupar ese encargo el funcionario del Ente Territorial (Gobernación X) o los funcionarios del Nivel Nacional?*

6. *En caso positivo a la pregunta número cinco sea negativa, agradecemos de adjuntar la norma que autorice, que un funcionario de una Entidad del Orden Nacional tiene más derecho a un funcionario del Ente Territorial"*

Me permito darle respuesta, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al

interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho; o a los Jueces de la República, en el caso de controversia entre la entidad y el empleado. Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni autorizar o señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades. Así como tampoco es de nuestra competencia dar orden de anulación a procesos de las entidades.

No obstante, a modo de orientación general, inicialmente que algunas de las entidades del orden nacional por usted mencionadas (DIAN, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la Nación, Instrumentos Públicos, Registraduría Nacional y SENA) se rigen por regímenes especiales. Los cuales establecen las condiciones sobre las que se rigen los encargos solamente al interior de estas entidades. Razón por la cual, la normativa que se analizará será la correspondiente a la administración general de personal que rige a los entes territoriales, como las gobernaciones.

En segundo lugar, en relación con la provisión de empleos vacante, la Ley 909 de 2004 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.

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 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.

ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

De esta forma, como regla general, los empleos en vacancia definitiva deberán ser provistos mediante concurso de méritos. Sin embargo, mientras se lleva a cabo el proceso de selección, la ley faculta su provisión mediante la figura del encargo prevista en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y conforme a lo establecido en el artículo 25 *ibídem*, procede la provisión transitoria a través del nombramiento provisional, de manera excepcional y únicamente cuando no fuere posible su provisión a través de encargo con servidores públicos de carrera administrativa.

En este sentido, si para la administración surge la necesidad de proveer un empleo de carrera en vacancia definitiva o temporal, deberá verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, con el fin de determinar la existencia de un empleado con derecho de carrera sobre el cual pueda recaer el encargo, por lo que no solo es viable sino obligatorio para la administración, dar aplicación a la normatividad vigente.

De este modo, mediante Circular Conjunta No. 0117 del 29 de julio de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo, trazaron las directrices para la aplicación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, la cual está disponible y puede consultar en la Página Web - Gestor Normativo de esta entidad, en la que sobre el tema se expresó:

“Conforme lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, ‘Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones’, modificadorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, la CNSC y el DAFP, en uso de las funciones conferidas en los artículos 11, 12 y 14 la Ley 909 de 2004, proceden a emitir los siguientes lineamientos:

1. Derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera administrativa del Sistema General, Sistemas Específicos o Especiales de origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.

Los servidores de carrera tienen el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, siempre que acrediten los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019.

Duración del encargo: el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, modificatorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, eliminó la previsión '(...) y una vez convocado el respectivo concurso (...)', por lo que con independencia de que el empleo haya sido convocado a proceso de selección, el mismo debe ser provisto mediante encargo, situación administrativa que no contempla término definido, toda vez que la modificación normativa también eliminó la expresión 'El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses'.

No obstante, el nominador a través de resolución motivada, podrá dar por terminado el encargo, entre otras, por las siguientes razones:

- Por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 (órdenes de provisión definitiva, el cual incluye el nombramiento en período de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección).
- Imposición de sanciones disciplinarias consistentes en suspensión o destitución.
- La calificación definitiva no satisfactoria en la Evaluación del Desempeño Laboral del encargado.
- La renuncia del empleado al encargo.
- La pérdida de derechos de carrera.
- Cuando el servidor de carrera tome posesión para el ejercicio de otro empleo.

El inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, prevé que si al momento de realizar el proceso de provisión transitoria de empleos de carrera, la entidad no cuenta con servidores titulares de derechos de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente, el encargo debe recaer en el servidor con derechos de carrera que tenga la más alta calificación '(...) descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio (...)', en consonancia con el sistema de evaluación de desempeño laboral propio adoptado por la entidad o por el sistema tipo definido por la CNSC.

En este punto, cabe precisar que los incisos primero, segundo y tercero del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, prevén una única regla, la cual determina que el encargo es el mecanismo de provisión preferente para cubrir de forma transitoria los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, art. 25 Ley 909 2004, con servidores de carrera administrativa.

Titulares del derecho de encargo: el encargo deberá recaer en el servidor de carrera administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior, siempre que cumpla con los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

En tal orden, el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004; en ausencia de servidor 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.

Para el caso específico del Sistema de Carrera Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, por estar reglamentado por el Decreto Ley 1144 de 2019, y ser esta una norma especial, el reconocimiento del derecho a encargo, atenderá a lo señalado en el inciso primero del literal a) del numeral 22.2 del artículo 22 de ese decreto ley.

(...)

3. Encargo de servidores de carrera en un empleo de libre nombramiento y remoción.

El servidor con derechos de carrera administrativa, en los términos del inciso quinto del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, podrá ser encargado en un empleo de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de vacancia definitiva, el encargo será por un término de tres (3) meses, prorrogables por tres (3) meses más, período que una vez culminado obliga la provisión definitiva del empleo.

4. Vigencia del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y procesos de encargo a los cuales se aplica

Los procesos de provisión transitoria de empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal que no hubiesen culminado con el otorgamiento del encargo antes del 27 de junio de 2019, deberán reiniciarse y adelantarse en los términos definidos por el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 después de su modificación. Tal como lo ordena el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 1960 de 2019 que señala: 'Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley'

6. Vigencia del artículo 29 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y procesos de selección a los que aplica.

El artículo 7 ° de la Ley 1960 de 2019, prevé: '(...) La presente ley rige a partir de su publicación (...)', hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación" (Subraya propia).

Por consiguiente, esta Dirección Jurídica considera que las entidades destinatarias del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, para la provisión transitoria de los empleos de su planta de personal mediante encargo, deberán aplicar los lineamientos trazados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en conjunto con este Departamento Administrativo, en la Circular anteriormente indicada, transcrita en su integridad.

Sobre el tema es pertinente precisar, que los únicos empleados con derecho preferencial para la provisión mediante encargo de los empleos de carrera, son los empleados de carrera pertenecientes a la planta de personal de la respectiva entidad, y el nombramiento provisional únicamente procede cuando no es posible proveer el cargo mediante nombramiento en encargo conforme al procedimiento señalado en la Circular anteriormente transcrita. Teniendo en cuenta, que lo dispuesto en Ley 1960 de 2019 aplicará únicamente para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Cuando no sea posible el nombramiento en encargo en un empleo de carrera, es potestativo del nominador vincular con carácter provisional a una persona externa, o a un empleado que se venga desempeñando en otro empleo con carácter provisional, pero en este último caso no será procedente el nombramiento en encargo.

Igualmente, y como se indicó anteriormente, el encargo se encuentra regulado principalmente en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 disposición que permiten señalar que esta situación administrativa resulta predicable de empleos que pertenecen a la planta de personal de la misma entidad pública, lo cual excluye los empleos pertenecientes a otras instituciones del Estado.

Resulta oportuno señalar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una situación administrativa que permita que un empleado se separe temporalmente de las funciones de su empleo para desempeñar las de otro perteneciente a la planta de personal de otra entidad en calidad de encargado, en la cual el nominador es diferente.

Así mismo, cabe precisar que el encargo interinstitucional únicamente procede cuando la facultad nominadora en las dos instituciones recae en un mismo funcionario, como en el caso del Presidente de la República cuando encarga a un Ministro de otro empleo sobre el cual es también nominador.

Finalmente, 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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: ALF

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:15:03