

**Función Pública**

Concepto 337511 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000337511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000337511

Fecha: 14/09/2021 11:26:07 a.m.

Bogotá, D.C.,

REF.: EMPLEOS. Encargo de empleado de carrera en empleo de carrera administrativa. RAD.: 20212060620962 del 13-09-2021.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta sobre qué alcance tienen los derechos de los funcionarios de carrera administrativa en relación con los encargos en empleos del nivel profesional; si el retiro de provisionales del empleo público procede para encargar a funcionarios de carrera administrativa en uso de los derechos que les asisten; y si una vez finalizado el encargo otorgado a empleado de carrera administrativa, puede ser encargado inmediatamente de otro o debe de manera previa retornar al empleo del cual es titular.

Para efectos de dar respuesta a las consultas formuladas, se precisa lo siguiente:

En los términos del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la 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, y el nombramiento en encargo deberá recaer en el empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad, quien deberá cumplir además, las condiciones y requisitos previstos en la ley.

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.

El anterior procedimiento procede para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa cuyos titulares, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Ley 909 de 2004, se encuentren en situaciones que impliquen la separación temporal de los mismos, y tanto para el caso de la provisión del empleo de carrera vacante en forma definitiva, como para la provisión del que esté vacante en forma temporal, el nombramiento provisional procede cuando no es posible el nombramiento en encargo de empleado de carrera administrativa.

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; y en caso de vacancia definitiva en estos empleos, 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.

En relación con el procedimiento para la provisión de los empleos mediante encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo, emitieron la Circular Conjunta No. 0117 del 29 de julio de 2019, a través de la cual 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 se indica el procedimiento para la provisión transitoria de los empleos de carrera vacantes en forma definitiva o temporal, y en la que se expresa:

"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:

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](#), modificadorio 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.

2. Criterios de desempate para la provisión de un empleo de carrera mediante encargo cuando existe pluralidad de servidores de carrera que cumplen requisitos.

Existirá 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 parámetros objetivos y previamente establecidos, basados en el mérito, entre otros, y en el orden que estime pertinente, podrá aplicar los siguientes criterios.

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

- b) Mayor puntaje en la última calificación definitiva del desempeño laboral.
- c) Pertener 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 5 ° de la Ley 403 de 1997.
- i) De no ser posible el desempate, se decidirá a la suerte por medio de balotas, en presencia de pluralidad de servidores de la entidad, entre ellos control interno.

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 1 ° 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 parágrafo 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" (negrilla fuera del texto).

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 -

El parágrafo segundo del Artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece que: "Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien éste haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique" (marcación intencional).

Las entidades a través de la aplicación "SIMO" que administra la Comisión Nacional del Servicio Civil, y en los términos definidos en el instructivo, el cual hace parte integral de la presente Circular, registrarán de forma previa a la provisión mediante encargo o nombramiento en provisionalidad, la información correspondiente a los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva que conforman la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC -.

El registro de la "OPEC" corresponde al reporte en la aplicación "SIMO", de la totalidad de las características del empleo de carrera administrativa vacante de forma definitiva, como son: denominación, código, grado, salario, ubicación geográfica (de ser necesario), propósito, funciones, requisitos y número de vacantes, información que debe ser incorporada en su totalidad, y sin excepción, por el responsable definido por la entidad al momento de efectuar el reporte.

Adicionalmente, cuando la entidad haya culminado el proceso de provisión transitoria del empleo de carrera administrativa vacante de forma definitiva, en un término de cinco (5) días contados a partir de su provisión, incorporará en la aplicación "SIMO" la información del servidor público encargado o nombrado en provisionalidad.

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 2019¹.

Conforme con las etapas definidas en el Artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial ², 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 registrarán por el Artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación."

Por Consiguiente, esta Dirección Jurídica considera que las entidades destinatarias del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, para la provisión transitoria de los empleos de carrera de su planta de personal mediante encargo o nombramiento provisional, deberán aplicar los lineamientos trazados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en conjunto con este Departamento Administrativo, en la Circular No. 0117 del 29 de julio de 2019, anteriormente transcrita en su integridad.

Con fundamento en lo expuesto se procede a absolver las consulta planteadas así:

1.- Respecto de la consulta del literal a), sobre qué alcance tienen los derechos de los funcionarios de carrera administrativa en relación con los encargos en empleos del nivel profesional, se precisa que el empleado de carrera administrativa, le asiste el derecho preferencial para ser encargado en empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, incluyendo los empleos agrupados en el nivel profesional, siempre que acrediten los requisitos definidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019; para lo cual se deberá tener en cuenta las directrices trazadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil en conjunto con este Departamento Administrativo, mediante la Circular No. 0117 del 29 de julio de 2019.

Cuando se trata de vacancia temporal o definitiva, de empleos de libre nombramiento y remoción, 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, y en este evento no aplica el derecho preferencial de encargo para el empleado de carrera. Si vacancia es definitiva en estos empleos, 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.

2.- En cuanto a la consulta del literal b), si el retiro de provisionales del empleo público procede para encargar a funcionarios de carrera administrativa en uso de los derechos que les asisten, se precisa lo siguiente:

En los términos del Artículo 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, modificado el primero por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, el nombramiento provisional es de carácter transitorio y procede de manera excepcional, para proveer un empleo de carrera vacante en forma definitiva o temporal cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil para ser nombrados mediante encargo.

En cuanto a la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, es pertinente precisar que el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015 señala que antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

"Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad."

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

"El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional."

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Subraya fuera de texto).

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.”

En este orden de ideas es posible concluir, que el Artículo 125 de la Constitución Política establece que, por regla general, los empleos del Estado son de carrera y se proveen a través de concurso de mérito, y el retiro de los mismos se hará por las razones señaladas por la Constitución, o bien por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las otras causales que determine la ley; y de conformidad con el Artículo 25 de la Ley 909 de 2004, cuando dichos empleos se encuentren vacantes y no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera, podrán proveerse de manera provisional, caso en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y los criterio expuesto por la Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos, como en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado en concreto.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional o el de su prórroga procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado en concreto; por consiguiente, el retiro de empleados provisionales no es procedente para la provisión del empleo mediante encargo de empleados de carrera.

3.- Respecto a la consulta si una vez finalizado el encargo otorgado a empleado de carrera administrativa, puede ser encargado inmediatamente de otro o debe de manera previa retornar al empleo del cual es titular, se precisa que, será procedente dar por terminado un encargo y sin necesidad de que el empleado se reintegre al empleo de carrera del cual es titular, nombrarlo en encargo en otro empleo de carrera jerárquicamente superior, siempre y cuando se apliquen los parámetros del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, y las directrices trazadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo en la Circular

Conjunta No. 0117 del 29 de julio de 2019, conforme a lo expresado al absolver la consulta correspondiente al numeral 1.

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 emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del CPACA.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Harold I. Herrerño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:30