



Función Pública

Concepto 315141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000315141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000315141

Fecha: 27/08/2021 09:22:03 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Tiempo de duración de encargo y forma de proveer vacancias definitivas en las entidades públicas que se rigen por el sistema general de carrera y en la Procuraduría General de la Nación. RADICACIÓN. 20219000548222 del 28 de julio de 2021.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual realiza varios interrogantes en relación con la duración del encargo, la forma de proveer vacancias definitivas en empleos de carrera administrativa y el nombramiento en provisionalidad en las entidades que se rigen por el sistema general de carrera y en el régimen de carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, así como consulta sobre la modificación de la planta de personal de dicha Entidad.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. Se da respuesta al interrogante No. 1, mediante el cual consulta si existiendo dos o más funcionarios que pudiesen acceder al encargo en el empleo público vacante, vencidos los primeros seis (6) meses de ejercer el encargo, es dable que el encargo recaiga sobre un funcionario distinto al que ya ha accedido al derecho por seis (6) meses y así sucesivamente hasta agotar el conjunto de funcionarios que pudiesen reunir los requisitos y competencias para ejercer el empleo público mientras este es provisto mediante por el concurso de méritos.

Sobre el particular, me permito informarle lo siguiente:

En primer lugar, es preciso indicar que, para el caso de las entidades u organismos públicos que se rigen por el sistema general de carrera, la Ley 909 de 2004 modificada por la Ley 1960 de 2019, sobre el encargo dispuso:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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. (...) (Destacado nuestro)

Ahora bien, en relación con la duración del encargo, es necesario acudir a lo dispuesto en la Circular Conjunta No. 0117 del 29 de julio de 2019, de la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo, en 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:

"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, 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 resultantes 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 1° 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 1° 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.

(...)"

De esta manera, y teniendo en cuenta que, el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece que el encargo en los empleos de carrera no contempla un término máximo, toda vez que la modificación normativa eliminó la expresión "El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses", esta Dirección Jurídica considera a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, el encargo en un empleo de carrera administrativa en las entidades que se rigen por el sistema general de carrera durará hasta que se provea de manera definitiva la vacante como consecuencia del proceso de selección correspondiente.

Igualmente, el empleador sólo podrá dar por terminado el encargo por las razones indicadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como se enunció anteriormente en este concepto, entre las que no se encuentra la expiración del término del encargo, por cuanto éste ya no existe en la norma.

En ese orden de ideas, y atendiendo a su consulta, en criterio de esta Dirección, solo será procedente la terminación de un encargo mediante resolución debidamente motivada, en los siguientes casos:

- 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 resultantes 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.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que, para el caso de las entidades que se rigen por el sistema general de carrera, tanto el otorgamiento como la terminación de un encargo es reglado, y para el efecto se deberán tener en cuenta las disposiciones descritas en el presente escrito.

2. Se da respuesta a los interrogantes Nos, 2, 6 y 8 de su consulta, relacionados con la viabilidad de encargar empleados nombrados en provisionalidad para proveer vacantes en una entidad.

Al respecto, primero debe aclararse que, a las entidades que se rigen por el Sistema general de Carrera se les debe aplicar la Ley 909 de 2004¹, mientras que las entidades que se rigen por un sistema especial de carrera les aplica su propia normativa, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación, a la que le aplica el Decreto 262 de 2000², como se podrá evidenciar más adelante.

Hecha esta aclaración, es necesario indicar que, de acuerdo con 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, para el caso de las entidades que se rigen por el sistema general de carrera, el encargo en un empleo de carrera administrativa procede en dos eventos respectivamente; en los empleados de carrera que acrediten los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido disciplinariamente sancionados en el último año y su evaluación del desempeño del último año fue calificada en sobresaliente, y, en el evento que no hayan empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo recaerá en los empleados que tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio.

A su vez, el artículo 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

“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”. (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, en el caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo de carrera administrativa, los empleados con derechos de carrera tendrán derecho para ser encargados de tales empleos, siempre que se cumplan las condiciones de la norma; por su parte, los empleos de libre nombramiento y remoción vacantes, podrán ser provistos a través del encargo a favor de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, a juicio de la autoridad nominadora y siempre que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

De lo anterior se deduce que, las normas de administración de personal que rigen para las entidades públicas que pertenecen al Sistema general de carrera, no contemplan otorgar encargos a favor de los empleados nombrados en provisionalidad, en razón a que la norma

condiciona el encargo a que se realice a favor de un empleado con derechos de carrera o de libre nombramiento y remoción.

De acuerdo con lo expuesto, y en atención a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, solamente los empleados con derechos de carrera administrativa y los empleados de libre nombramiento y remoción podrán ser beneficiarios de encargos, sin que tal circunstancia se haya hecho extensiva a favor de los empleados nombrados en provisionalidad.

Por consiguiente, en el marco jurídico actual no es procedente que las entidades públicas del sistema general de carrera otorguen encargos a favor de los empleados nombrados en provisionalidad.

3. Se da respuesta a sus interrogantes Nos. 4 y 7 sobre los nombramientos en provisionalidad y su terminación.

En relación con este tema, es importante señalar que, para el caso de las entidades públicas que se rigen por el Sistema general de carrera, atendiendo el procedimiento de provisión de empleos establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, antes señalado, el nombramiento en provisionalidad solo procede como un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, en aquellos casos que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no exista lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

Ahora bien, respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, es importante tener en cuenta que el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", señala:

«ARTÍCULO 2.2.5.3.4_Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.» Subraya nuestra»

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

«4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

« [...]»

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección", que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera

(Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo [...].»(Subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

La Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

«...En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

«[...]»

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa[66] 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 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» (Subrayado fuera de texto).

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.”

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.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, para el caso de las entidades que se rigen por el Sistema general de carrera, una vez realizado un nombramiento en provisionalidad, éste solo podrá darse por terminado mediante 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 funcionario concreto.

4. Se da respuesta a sus interrogantes Nos. 3, 5, 9 y 10, en relación con los encargos y nombramientos en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, así como la posibilidad de aplicar de manera supletoria en las relaciones labores de los empleados públicos vinculados en la entidad, lo previsto en la Ley 909 de 2004.

En cuanto a la aplicación de manera supletoria de las normas que rigen el Sistema general de carrera, se considera pertinente tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004 que, respecto de su ámbito de aplicación determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo...”

De acuerdo con la norma, las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004 son aplicables de manera supletoria en el caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, entre otros, a los empleados públicos de la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien, frente su inquietud sobre si en el caso que el encargo recaiga sobre un funcionario nombrado “en forma provisional” en la Procuraduría General de la Nación, aun existiendo funcionarios en carrera que reúnen los requisitos para acceder al derecho al encargo, puede afirmarse que el ente de control está garantizando el derecho que tienen los empleados de carrera para acceder a los encargos, le indico que en relación con los tipos de nombramientos en la Procuraduría General de la Nación, el Decreto Ley 262 de 2000 frente al particular señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 81. Ingreso a la Procuraduría General de la Nación. El ingreso al servicio en la Procuraduría General de la Nación se efectúa por medio de decreto de nombramiento expedido por el Procurador General y la respectiva posesión.

Los servidores de la planta de personal globalizada prestarán sus servicios en las dependencias para las que fueren nombrados o donde las necesidades del servicio así lo exijan.

ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

a) Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.

b) En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.

c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

PARÁGRAFO. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos."

Igualmente, sobre la viabilidad de realizar encargos el Decreto Ley 262 de 2000, señala:

"ARTÍCULO 185. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1º de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000". (Subrayado y negrilla nuestra)

De la norma se colige que, en el caso de empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción que presenten vacancia temporal definitiva, la Administración podrá proveer los cargos con nombramientos provisionales mientras duren las situaciones administrativas que las originen o se adelanta el concurso, así como podrá, por necesidades del servicio, proveer empleos mediante encargo de empleados con nombramiento en provisionalidad que cumplan los requisitos del empleo.

En este orden de ideas, se colige que la normativa particular de la Procuraduría General de la Nación contempla el encargo y el nombramiento en provisionalidad, en consecuencia, se colige que no existe vacío frente al particular.

Se reitera que este Departamento Administrativo no es competente para pronunciarse frente a si el ente de control está garantizando o no el derecho que tienen los empleados de carrera para acceder a los encargos. No obstante, se indica que la normativa antes señalada, contempla la posibilidad legal de realizar la provisión de empleos mediante el encargo de provisionales que cumplan los requisitos y además dispone en su artículo 188 que el encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses, que podrá prorrogarse por un período igual. Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-503 de 2020, declaró exequibles los artículos antes enunciados, considerando lo siguiente:

“86. El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente al interior de la Procuraduría General de la Nación persigue una finalidad constitucionalmente importante, en tanto que las medidas a las que puede acudir alternativamente el nominador, el encargo y el nombramiento provisional, buscan garantizar la continuidad en la prestación del servicio, de manera que no existan interrupciones o alteraciones durante el período que dura vacante el cargo, es decir, mientras se efectúa la selección ordenada por la Constitución o se supera la situación administrativa que dio lugar a la vacancia^[79]. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los concursos de méritos requieren un determinado tiempo para la evacuación de las distintas etapas de la selección, mientras que la prestación del servicio necesita ser continua, para cumplir los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, particularmente los de celeridad, eficiencia y eficacia, previstos en el artículo 209 de la Constitución^[80]. Tal justificación se predica igualmente de la provisión de cargos temporalmente vacantes, ya que aunque en dicho evento no se requiere la realización de un proceso de selección para la provisión definitiva del cargo, sí es necesario que se eviten interrupciones y otras afectaciones en el ejercicio de la función durante el lapso en el que dura la vacancia.

87. El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente al interior de la Procuraduría General de la Nación es efectivamente conducente. Esto porque, la medida permite que, ante una vacancia temporal o definitiva, el Procurador General de la Nación pueda rápidamente designar a una persona que cumpla con las exigencias del cargo, para desempeñar la función y evitar así la afectación en el ejercicio de la función administrativa. De manera que tanto el encargo, como la provisionalidad son formas adecuadas para garantizar el continuo y eficiente ejercicio de la función administrativa, frente a situaciones de vacancia en el cargo.

88. La potestad reconocida al Procurador general de la Nación para optar alternativamente entre el encargo o la provisionalidad, para la provisión de cargos de carrera que se encuentren vacantes, no es manifiestamente desproporcionada. La ausencia de manifiesta desproporción se evidencia en el hecho de que, aunque el encargo puede significar, para el empleado de carrera, la adquisición de nuevos conocimientos, experiencia^[81] y, llegado el caso, la mejora de ingresos, al tener derecho a percibir temporalmente la diferencia salarial correspondiente^[82], en lo que concierne el mérito para el ejercicio del cargo a proveer transitoriamente, los empleados de carrera no han sido examinados en concreto, respecto del empleo en cuestión, es decir, que no disponen de un mejor derecho a ejercer dicho cargo y, por el contrario, la facultad reconocida al nominador para escoger discrecionalmente^[83], entre la provisión de la vacante mediante la figura del encargo o a través de un nombramiento provisional, materializa los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función administrativa.

89. En efecto, no se vislumbra que, ante la necesidad de proveer transitoriamente una vacante, el servidor en carrera tenga mejor derecho que el particular que se encuentra por fuera de la entidad, considerando que el artículo 221 del Decreto Ley 262 de 2000 señala que la inscripción en carrera se circunscribe a un empleo específico -aquél para el cual se concursó-, a tal punto que, para poder ascender con derechos de carrera, se debe concursar nuevamente para el cargo superior. De manera que los méritos que demostró se predicen del cargo para el que concursó, y no se extrapolan automáticamente para el desempeño de otra posición dentro de la entidad. En otras palabras, el hecho de estar inscrito en el régimen de carrera de la entidad, ciertamente puede ser un criterio a tener en cuenta por el nominador en el marco de su discrecionalidad para proveer el cargo y al momento de motivar el acto administrativo^[84], pero no genera, por sí mismo, un derecho que ubica al servidor de carrera en situación de privilegio o prelación frente al particular.

90. Los requisitos específicos previstos a los servidores de carrera para poder ser nombrados en encargo -calificación de su desempeño cursos de reintroducción- no se pueden examinar de manera aislada para concluir que su finalidad es discriminarlos frente a los particulares. Tales medidas hacen parte de un conjunto de disposiciones que sólo aplican al personal inscrito en el régimen de carrera de la Procuraduría, dentro del cual también existen prerrogativas que favorecen a estos últimos frente a quienes no han superado un concurso de méritos, tales como: derechos en caso de supresión del cargo (Decreto Ley 262 de 2000, art. 238), la posibilidad de participar en concursos de ascenso (art. 193, ibidem), la habilitación para desempeñar en comisión cargos de libre nombramiento y remoción, o en encargo empleos del régimen de carrera (arts. 97 y 185 ibidem), sin perder los derechos derivados de su cargo original.

91. La posibilidad de efectuar nombramientos en cargos de carrera sin previo concurso de méritos no es incompatible con la Constitución, siempre que a ella se acuda, no como mecanismo para eludir la obligación de proveer los cargos mediante procesos de selección objetivos e igualitarios, sino como medida para asegurar la continuidad de la función pública. “[L]a posibilidad del nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva de un cargo público de carrera no atenta contra los principios que informan la carrera administrativa, entre ellos la integridad y la regularidad del concurso público de méritos, y la igualdad de oportunidades, sino que por el contrario, permite la realización de los fines de la administración pública, en cuanto garantiza la continuidad del servicio, y por otro lado, no riñe con el derecho que tienen todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores.”^[85]

92. Debe resaltarse, igualmente, que la facultad que se concede al Procurador para proveer cargos de carrera vacantes mediante encargo o provisionalidad es excepcional. El artículo 82, literal c) del Decreto Ley 262 de 2000 establece que los nombramientos provisionales proceden mientras se provee la vacante definitiva mediante concurso, o mientras dure la situación administrativa que dio lugar a la vacante temporal. Por su parte, el artículo 185 *ibidem* establece la procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales en casos de vacaciones definitivas en empleos de carrera. De manera que esta potestad se muestra razonada, en tanto permite solventar la necesidad de dar continuidad a la prestación del servicio, sin afectar la obligación que tiene la entidad de adelantar los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera.

93. El Decreto Ley 262 de 2000 limita temporalmente la facultad discrecional concedida al Procurador, y reivindica la prevalencia del principio del mérito. A este respecto, tratándose de vacantes definitivas, el artículo 185 *ibidem* impone la obligación de convocar a concurso dentro de los 3 meses siguientes al nombramiento por encargo o en provisionalidad, mientras que el artículo 188 *ibidem* establece una duración de 6 meses para este tipo de nombramientos, los cuales podrán ser prorrogables por un período igual^[86], y prevé la posibilidad de extenderlos hasta que culmine el respectivo proceso de selección, se entiende, ante la necesidad de preservar la continuidad de la función pública.

Los anteriores señalamientos conducen a la Sala a concluir que las normas acusadas no comportan un trato discriminatorio injustificado en la discrecionalidad conferida al Procurador para proveer transitoriamente cargos de carrera mediante encargos o nombramientos en provisionalidad, razón por la cual no quebrantan el principio de igualdad”.

En virtud de lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que, por expresa autorización legal, es viable que la Procuraduría General de la Nación realice nombramientos provisionales, aún en el caso que se cuente con empleados públicos de carrera administrativa que cumplan los requisitos del empleo, siempre que sea por necesidades del servicio y de manera excepcional.

De igual manera, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000, es viable que la Procuraduría General de la Nación realice encargos cuyas renovaciones se cada seis meses se repitan para el mismo empleado público, por cuanto la señala que cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse encargo hasta por seis (6) meses, prorrogables por un período igual, el cual podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección cuando vencida la primera prórroga no haya culminado dicho proceso.

5. Se da respuesta a sus interrogantes Nos. 11, 12 y 13 sobre el registro de plantas de personal en el Estado, su modificación y el control que se hace a las entidades sobre el número de empleos vinculados según disponibilidad presupuestal.

En atención a sus inquietudes, le indico que de conformidad con la Resolución 110 de marzo de 2020, emitida internamente en el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Dirección de Desarrollo Organizacional de este Departamento, suministra los datos estadísticos de las plantas de personal aprobadas para cada entidad del Estado colombiano. Esta información es registrada en el Sistema de Información Estratégica (SIE) de la Entidad, la cual puede consultar en el siguiente link <https://www.datos.gov.co/Funci-n-p-blica/Cantidad-de-empleos-y-tipos-de-planta-por-entidad/fvq4-wwtz>

Es necesario resaltar que este Departamento Administrativo no realiza un control o evaluación sobre el reporte que realice la entidad respecto a su planta de personal, pues cada planta aprobada, por cada entidad, está regulada por su propia norma, que en ese caso es un Decreto, el cual establece los parámetros y condiciones a seguir, por parte de la misma entidad.

Frente a si Función Pública controla que los empleos públicos que son ocupados en una Entidad del Estado no superen el número y cantidad aprobada en el respectivo acto que la faculta, es pertinente aclarar que, ni este Departamento Administrativo ni la Procuraduría pueden controlar esto, pues las entidades no pueden pagar más de lo que les fue aprobado presupuestalmente hablando.

También vale aclarar que a la fecha, de acuerdo con lo indicado por la Dirección de Desarrollo Organizacional, la Procuraduría General de la Nación no ha presentado algún requerimiento de modificación de su Planta de Personal ante esta Entidad.

6. Se da respuesta a sus interrogantes Nos. 14 y 15, sobre el número de empleados públicos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción y en provisionalidad, que la Procuraduría General de la Nación ha reportado ante el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Frente a estos interrogantes, me permito dar respuesta en los siguientes términos, con base en la información suministrada por la Dirección de Empleo Público de este Departamento Administrativo de la siguiente manera:

El Departamento Administrativo de la Función Pública es el responsable de administrar el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público - SIGEP con base en lo establecido en las Leyes 489 de 19983 y 909 de 20044, así, en este sistema se almacenan las hojas de vida y declaraciones de bienes y rentas que registran los servidores públicos y contratistas del Estado.

El proceso de validación de las hojas de vida de los servidores públicos y contratistas está a cargo de los jefes de talento humano o jefe de contratos, según sea el caso.

Cada entidad, dentro del SIGEP, es la responsable de realizar el proceso de vinculación de la hoja de vida al cargo en el que ha sido nombrado el servidor público, así mismo, la entidad es la responsable de realizar el registro de las situaciones administrativas dentro del sistema, como lo son los encargos. Así mismo, es importante aclarar que dentro del SIGEP, el término "vincular" corresponde a la acción de asociar la HV del servidor al cargo en el cual fue nombrado.

La información reportada por este Departamento Administrativo es aquella que reposa en el SIGEP y que ha sido cargada por las mismas entidades, los servidores públicos y los contratistas (Título 17 del Decreto 1083 de 2015).

Una vez realizadas estas precisiones, y en atención a su consulta sobre si Función Pública registra el número de servidores públicos en provisionalidad aprobados a la Procuraduría General de la Nación, me permito señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.17.7 del Título 17 del Decreto 1083 de 2015, son las entidades las responsables de la operación, registro, actualización y gestión de la información de cada institución y del recurso humano a su servicio. Es decir, la entidad debe registrar la vinculación en el sistema, del servidor público que ha sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

Frente a cuál es el número de servidores públicos en Libre Nombramiento y Remoción, en carrera administrativa y en provisionalidad que Función Pública registra como aprobados a la Procuraduría General de la Nación, tenemos que según lo reportado por la entidad al Sistema de Información y Gestión del Empleo Público - SIGEP, con fecha de corte 20 de agosto del 2021, se tiene la siguiente información:

En ese orden de ideas, en el SIGEP aparece reportado que, de un total de 4.137 vacantes, 2.117 están escalafonados en carrera administrativa, 845 están nombrados en provisionalidad y 182 están nombrados como de libre nombramiento y remoción.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Ma. Camila Bonilla

Revisó: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

²Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

³“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

⁴ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. ⁵ Decreto 1083 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:30:31