



Función Pública

Concepto 032531 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000032531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000032531

Fecha: 21/01/2022 04:35:18 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: CARRERA ADMINISTRATIVA. PROCESO DE SELECCIÓN Y/O CONCURSO DE MÉRITOS. RADICACIÓN: 20212060734982 del 9 de diciembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

1. en qué estado está la demanda que hizo el sindicato de trabajadores de la Gobernación del Choco al concurso de méritos territorial, debido a que me gane un cargo en dicho concurso, pero temo renunciar y que después el consejo de estado diga que el concurso no vale y me quede en la calle. que garantía tenemos?

2. como jefe de área entrando en periodo de prueba tengo la obligación de realizar evaluación de desempeño a mis colaboradores o es hasta el momento que me encuentre en carrera administrativa?

3. si el punto 2 es positivo, que procedimiento debo adoptar con un colaborador que es de mi área, pero el segundo en la lista de elegibles en dicho cargo es un hermano mío, me declaro impedido de evaluarlo y ante quien hago ese impedimento?

4. yo, como empleado público que tiempo tengo desde el momento de renunciar a un cargo y posesionarme en otro también público. ¿ puedo renunciar el 31 de dic y posesionarme en otro cargo el 3 de enero?

Me permito indicar lo siguiente:

Sobre el primer interrogante, esta dirección se permite indicar que a la fecha no se evidencia proceso alguno en contra de este Departamento Administrativo y que verse sobre el concurso de méritos con los datos suministrados en la consulta, por lo que hasta no conocer sobre el particular no podemos pronunciarnos sobre el mismo. En tal sentido se le sugiere revisar la página de la rama judicial, en la cual, con algunos datos, es posible consultar los procesos judiciales a nivel nacional.

Ahora bien, con ocasión al segundo interrogante es oportuno indicar que la Ley 909 de 2004¹ determina:

"ARTÍCULO 38. Evaluación del desempeño. El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales.

El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en

forma inmediata.

Sobre la evaluación definitiva del desempeño procederá el recurso de reposición y de apelación.

Los resultados de las evaluaciones deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

- a) Adquirir los derechos de carrera;
- b) Ascender en la carrera;
- c) Conceder becas o comisiones de estudio;
- d) Otorgar incentivos económicos o de otro tipo;
- e) Planificar la capacitación y la formación;
- f) Determinar la permanencia en el servicio.

ARTÍCULO 40. Instrumentos de evaluación. De acuerdo con los criterios establecidos en esta ley y en las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las entidades desarrollarán sus sistemas de evaluación del desempeño y los presentarán para aprobación de esta Comisión.

Es responsabilidad del jefe de cada organismo la adopción de un sistema de evaluación acorde con los criterios legalmente establecidos. No adoptarlo o no ajustarse a tales criterios constituye falta disciplinaria grave para el directivo responsable.

La Comisión Nacional del Servicio Civil desarrollará un sistema de evaluación del desempeño como sistema tipo, que deberá ser adoptado por las entidades mientras desarrollan sus propios sistemas."

Así mismo el Decreto 1083 de 2015² establece sobre la evaluación de desempeño lo siguiente:

"**ARTÍCULO 2.2.8.1.1** Definición. La evaluación del desempeño laboral es una herramienta de gestión que con base en juicios objetivos sobre la conducta, las competencias laborales y los aportes al cumplimiento de las metas institucionales de los empleados de carrera y en período de prueba en el desempeño de sus respectivos cargos, busca valorar el mérito como principio sobre el cual se fundamenten su permanencia y desarrollo en el servicio.

ARTÍCULO 2.2.8.1.7 Responsables de evaluar. En el sistema tipo de calificación que diseñe la Comisión Nacional del Servicio Civil, se determinará el o los empleados responsables de evaluar el desempeño de los empleados de carrera, dentro de los cuales, en todo caso, habrá un empleado de libre nombramiento y remoción.

Cuando la función de evaluar se asigne a más de un empleado deberá determinarse quién tendrá la responsabilidad de notificar la calificación y resolver los recursos que sobre esta se interpongan."

En virtud de las normas transcritas, la evaluación de desempeño consiste en un mecanismo por medio del cual la entidad califica la labor del empleado en cuanto a cumplimiento de metas institucionales con base en juicios objetivos y los encargados de realizar la evaluación serán determinados en el sistema de calificación que diseñe entidad bajo los lineamientos del sistema tipo de calificación determinado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En ese sentido, en caso de no tenerse un manual propio de la entidad se deberá considerar para efectos de determinar el responsable para la elaboración de la evaluación, como es el caso de la consulta, lo señalado en el Acuerdo 565 de 2016 por la Comisión Nacional del Servicio Civil³ el cual señala:

"**ARTÍCULO 10. OBLIGACIÓN DE EVALUAR.** Los responsables de evaluar el desempeño laboral de los empleados, entre quienes en todo caso, habrá un servidor público de Libre Nombramiento y Remoción, deberán hacerlo siguiendo la metodología contenida en el instrumento y en los términos que señale el reglamento que para el efecto se expidan. El incumplimiento de este deber constituye falta grave y será sancionable disciplinariamente, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado.

Tendrán la obligación de evaluar las siguientes personas:

- a) El jefe inmediato.
- b) La Comisión Evaluadora."

ARTÍCULO 11. Es aquella conformada mediante acto administrativo expedido por el nominador de la entidad y estará integrada por un empleado público de carrera, en período de prueba o un servidor nombrado en provisionalidad y un servidor de Libre Nombramiento y Remoción. En todo caso el evaluador deberá ostentar un grado igual o superior al del evaluado para habilitarse dentro del proceso.

PARÁGRAFO 1. La Comisión Evaluadora se conformará únicamente cuando se identifique que el responsable de evaluar sea un empleado de carrera administrativa, en período prueba o un servidor público provisional.

PARÁGRAFO 2. En el evento en que el evaluador no ostente un grado igual o superior al del evaluado el nominador designará al servidor público de Libre Nombramiento y Remoción encargado de hacer dicha evaluación. El evaluador reemplazado actuará como tercero aportando evidencias.

ARTÍCULO 12. La Comisión Evaluadora deberá ser conformada previamente a la concertación o fijación de los compromisos laborales, y actuará en el proceso hasta que la calificación se encuentre en firme.

PARÁGRAFO. El acto administrativo que conforma la Comisión Evaluadora debe ser comunicado a los participantes. Ésta actuará como un solo evaluador y en el evento de presentarse impedimentos o recusaciones se adelantará el trámite previsto en los Artículos 48 y 49 del presente Acuerdo.

ARTÍCULO 13. Cuando los miembros de la Comisión Evaluadora no estén de acuerdo en sus decisiones, el nominador de la Entidad designará mediante acto administrativo a un tercer miembro ad-hoc de Libre Nombramiento y Remoción o en su defecto a un empleado de carrera de igual o superior nivel jerárquico que el evaluado, quien intervendrá para que se adopte una decisión. (Subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, Los empleados de carrera en periodo de prueba podrán realizar la evaluación de su personal a cargo, caso en el cual se conformará una comisión evaluadora de acuerdo a los lineamientos señalados por el Acuerdo citado.

Con ocasión al tercer interrogante es importante resaltar que, la figura de conflicto de interés encuentra su fundamento en la Ley 1437 de 2011⁴ de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.
2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.
4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.
5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge,

compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición".

"ARTÍCULO 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este Artículo". (Subrayado nuestro).

De lo anterior, se tiene que un servidor público se encuentra en una situación de conflicto de interés cuando el interés particular se contraponen al interés general en ejercicio de la función pública a su cargo, que en desarrollo de la misma el servidor debe garantizar que actuaciones administrativas que deben realizarse de manera objetiva sin contraponer su interés personal.

De este modo, la Ley 734 de 2002⁵, establece en sus Artículos 40 y 48:

"ARTÍCULO 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido."

"ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)"

El Consejo de Estado⁶, señaló: *"Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto"*

Así, por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados"

Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquélla."

En este sentido, vemos que el Consejo de Estado define el conflicto de interés, como aquella situación a la que se puede ver enfrentado el servidor en donde se contraponen el interés general y el interés particular, generando que este se vea impedido de realizar la actividad administrativa de manera parcial u objetiva, situación que deberá ser revisada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con su consulta.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1 de la citada Ley 1437 de 2011 el cual contempla que se puede estar dentro de una situación donde se evidencie el conflicto de interés *"Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho."* Por lo que de ser el caso se considera revisar de manera rigurosa.

En este punto, se debe indicar que las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, se encuentran orientadas a formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni pronunciarse en circunstancias de carácter particular, por lo que esta Dirección Jurídica conceptualizara de manera general a los temas consultados.

De esto que, en caso de considerarlo oportuno al tener como resultado del análisis particular por las partes interesadas de conformidad con lo señalado en la norma y la jurisprudencia sobre la materia, se podrá hacer uso de esta figura para efectos de evitar sobreponer el interés personal sobre el general.

Ahora bien, en cuanto al cuarto interrogante es oportuno indicar que sobre los plazos para tomar posesión de los empleados públicos se debe indicar que el Decreto 1083 de 2015 determina:

"ARTÍCULO 2.2.5.1.7 Plazos para la posesión. Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora."

La disposición transcrita es clara en determinar que la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la aceptación del nombramiento, no obstante, el plazo podrá ser prorrogado hasta por noventa días hábiles, siempre y cuando se cumpla con cualquiera de las condiciones determinadas por la norma.

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 [/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

Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Maia Valeria Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

²Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."

³Acuerdo 565 de 2016 Comisión Nacional del Servicio Civil "Por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba."

⁴Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

⁵730 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único."

⁶Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:58:27