



Concepto 133501 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000133501*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000133501

Fecha: 03/04/2023 09:55:10 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Formalización de Empleo Público. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. - Derecho preferencial a ser encargado. RAD. 20239000126382 del 26 de febrero de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa «1.a dos meses vencer el plazo para la formalización de la vinculación del talento humano no se visualiza la gestión ni se ha solicitado a las estancias correspondientes, para dichos procesos. 2.se presenta un posible direccionamiento para la designación de puestos de encargo con derecho de carrera administrativa al confeccionar unas funciones específicas, a cargos que no se han convocado con anterioridad con estos sesgos.», me permito manifestarle lo siguiente.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

En la Circular Conjunta No. 005 de 2022², como en la Directiva Presidencial 008 de 2022³, se impartieron lineamientos para que los órganos, organismos y entidades de la rama ejecutiva, tanto nacional como territorial, adoptaran medidas que permitieran la materialización de nuestro común propósito, de manera coordinada y progresiva, de tal suerte que:

(i) Se actualizarán los estudios de cargas laborales, toda vez que, en tratándose de contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión recurrentes y cumpliendo obligaciones de carácter misional y/o administrativo, tal ejercicio ya debió realizarse, pues estos son los contratos que no se enmarcan en los postulados de la ley de contratación estatal (ley 80 de 1993);

(ii) En consecuencia, las plantas temporales resultan de suplir los anteriores contratos por empleos equivalentes, instrumento este que permite formalizar y dignificar el empleo público;

(iii) Por tanto, la anterior conversión, no compromete recursos presupuestales adicionales ya que se trata de utilizar los mismos recursos contractuales en el pago de nómina con todas las prestaciones sociales;

(iv) Tampoco requiere la Contratación de estudios técnicos adicionales, ya que nuestro Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP., por su carácter técnico y por ser cabeza del sector en materia de las Administraciones Públicas *¿función pública, función administrativa y gestión pública-*, cuenta con el personal altamente calificado para el acompañamiento respectivo, valiéndose además de su entidad adscrita, la Escuela Superior de Administración Pública ESAP., con el fin de garantizar la clara orientación técnica y científica en el territorio;

(v) Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de Ley 80 de 1993 se podrán celebrar hasta el 31 de diciembre de 2023, o hasta la fecha que el órgano, organismo o entidad lo requiera, no así los que no se ajusten a dicho parámetro legal, pues estos se deben celebrar por un término de cuatro (4) meses, tiempo este durante el cual se crearán las plantas temporales que suplan las necesidades misionales y administrativas causantes de la precariedad del empleo público;

(vi) Otra de las modalidades de formalización laboral, es la adecuada provisión de los cargos vacantes en las plantas de personal, por lo que esta será el primer ejercicio efectivo que realizarán los destinatarios de la Circular Conjunta.

Lo anterior, se sustenta en lo señalado en el artículo 17 de la Ley 909 de 2004⁴, dispone:

«planes y plantas de empleo. (...) 2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano.»

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁵, establece en su artículo 2.2.1.4.1.

«Actualización de plantas de empleo. Las entidades y organismos de la Administración Pública, con el objeto de mantener actualizadas sus plantas de personal, deberán adelantar las siguientes acciones mínimo cada dos años (...).»

Ahora bien, la citada Circular Conjunta No. 100-005 - 202 2, emitida el pasado 29 de diciembre de 2022, es producto del ejercicio funcional que constitucional y legalmente le corresponde al Departamento Administrativo de la Función Pública, atendiendo claras y precisas instrucciones emanadas del Presidente de la República, Dr. Gustavo Petro Urrego, las que además fueron consideradas en su plan de gobierno y divulgadas ampliamente.

Adicionalmente, es importante resaltar que; (i) es necesario, útil y conveniente que los órganos, organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público, en lo nacional y en lo territorial, aprovechen el cuatrimestre para actualizar y ajustar sus plantas de personal, con base en las necesidades que vienen cubriendo a través de contratos precarios y procedan a formalizar sus empleos, inicialmente con plantas temporales, paso este esencial para proceder, con más tiempo y durante la vigencia de la temporalidad, a reestructurar sus ecosistemas administrativos, con base en un modelo que permita la implementación de la Bioadministración y proteja todas las expresiones de vida; (ii) las plantas deben cubrir los niveles que la entidad requiera, atendiendo principios de austeridad (Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022) y equivalencia entre el gasto contractual y el pago salarial; (iii) lo expresado en el numeral 3 de la Circular conjunta debe entenderse de acuerdo con la esencia de la misma, esto es, contratos “para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”, previstos en el artículo 2, numeral 4, literal h de la Ley 1150 de 2007⁶.

De otra parte, con respecto a; la figura del encargo, la Ley 1960 de 2019⁷, establece: «ARTÍCULO 1°. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.» (Se subraya).

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁸, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, al referirse a los encargos, señala:

«ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.» (Se subraya).

ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.

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 esta.

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.» (Destacado nuestro)

De la normativa citada, podemos extraer las siguientes premisas:

- El encargo para proveer un cargo, procede tanto para empleos de carrera, como para empleos de libre nombramiento y remoción.
- Quienes acrediten los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, tienen derecho a ser encargados.

¿? Si no hay empleados con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio. ¿? El encargo procede por ausencia temporal o definitiva del titular. Cabe señalar que es la legislación quien determina cuándo debe entenderse un empleo vacante temporal⁹ y uno definitivo.

Por su parte, la Circular Conjunta No. 0117 del 29 de julio de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo, trazaron las directrices para la aplicación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 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 trata el derecho preferencial de encargo y el procedimiento para la provisión transitoria de los empleos de carrera vacantes en forma definitiva o temporal, en los siguientes términos:

«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:

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 1 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.»

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. (Destacado nuestro)

Por otro lado, en cuanto a las reclamaciones de los empleados públicos con derechos de carrera en relación al derecho preferente, la Ley 909 de 2004, en el numeral 2 del artículo 16 establece las funciones de la Comisión de Personal señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 16. Las Comisiones de Personal.

(...)

Además de las asignadas en otras normas, las Comisiones de Personal cumplirán las siguientes funciones: a) Velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación del desempeño se realicen conforme con lo establecido en las normas y procedimientos legales y reglamentarios y con los lineamientos señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las citadas atribuciones se llevarán a cabo sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el efecto, la Comisión de Personal deberá elaborar los informes y atender las solicitudes que aquella requiera.

b) Resolver las reclamaciones que en materia de procesos de selección y evaluación del desempeño y encargo les sean atribuidas por el procedimiento especial.

(...)

e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos.

(...)

j) Las demás funciones que le sean atribuidas por la ley o el reglamento.» (...) (Subrayado nuestro)

De conformidad con lo anterior, a la Comisión de Personal le corresponde conocer y resolver sobre las reclamaciones que formulen los empleados de carrera en relación al encargo, en primera instancia. Frente a este particular, la Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁰, se ha pronunciado en los siguientes términos:

«El empleado de carrera que considere afectado su derecho a encargo, cuenta con diez (10) días hábiles a partir de haberse producido la publicidad del Acto presuntamente lesivo (encargo o nombramiento provisional) o el acto de terminación del encargo, para interponer reclamación en primera instancia ante la Comisión de Personal, siempre que con estos se haya conculcado la prerrogativa reconocida en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004.

Sí el servidor se encuentra insatisfecho con el pronunciamiento otorgado a su reclamación, podrá valerse de la reclamación en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la que deberá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a que le sea notificada la decisión de primera instancia, siguiendo para el efecto el procedimiento contemplado en el inciso segundo, artículo 43 del Acuerdo 512 de 2014 de la CNSC.

Respecto a las reclamaciones por presunta violación al derecho preferencial a encargo, conviene aclarar que ésta sólo procede frente a la existencia de una Acto Lesivo, entendido éste como aquel Acto Administrativo a través del cual la administración provee el empleo mediante encargo o nombramiento provisional, existiendo presuntamente para el reclamante mejor derecho. Así las cosas, no procederá reclamación frente a los actos administrativos de trámite que la Entidad profiera antes de expedir el referido Acto Lesivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario resaltar el procedimiento establecido en la Circular No. 2019000000127 del 24 de septiembre de 2019, por medio de la cual se imparten instrucciones sobre el trámite de reclamaciones laborales de competencia de la Comisión de Personal y de la Comisión Nacional del Servicio Civil.»

Según lo expuesto, el mecanismo establecido por la ley para resolver las reclamaciones en relación con el derecho preferencial a ser encargado consiste en acudir en primera instancia ante la Comisión de Personal de la respectiva entidad y en segunda instancia, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC.

Igualmente, se reitera que; la Ley es quien determina cuándo se debe entender que un empleo se encuentra vacante temporal o definitivamente. Por lo tanto, si uno de los empleos se encuentra vacante, el nominador es quien decide en qué momento se proveerá un empleo vacante, sea de forma temporal o definitiva.

Como se indicó en el cuerpo del concepto, el encargo deberá recaer en el servidor de carrera administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior en el mismo nivel jerárquico, 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, o en su defecto, un empleado con la evaluación en el nivel satisfactorio.

Para ello, 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 dentro del mismo nivel en la planta de personal respectiva y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá el nombramiento provisional.

Si la administración llegare a designar a una persona en un empleo de carrera, desconociendo el derecho preferencial de un servidor con derechos de carrera, se deberán seguir los lineamientos señalados en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 y, de manera específica, el procedimiento de reclamación por parte del empleado, contenido en la Circular No. 2019000000127 del 24 de septiembre de 2019 de la Comisión Nacional Del Servicio Civil. Con 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 <https://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

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹ *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

² *Lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad - vigencia 2023.*

³ *Directrices de austeridad hacia un gasto público eficiente.*

⁴ *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

⁵ *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*

⁶ *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*

⁷ *Por el cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.*

⁸ *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, al referirse a los encargos.*

⁹ *Decreto 1083 de 2015:*

“Artículo 2.2.5.2.2. Vacancia temporal. Para los mismos efectos se produce vacancia temporal cuando quien lo desempeña se encuentra en:

Vacaciones.

Licencia.

Comisión, salvo en la de servicios al interior.

Prestando el servicio militar.

Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.

Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial, y

Período de prueba en otro empleo de carrera.

Descanso compensado.”

¹⁰<https://www.cnsc.gov.co/atencion-servicios-ciudadania/preguntas-frecuentes/cuando-procede-la-reclamacion-por-violacion-al>

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:08:19