



Concepto 348741 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000348741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000348741

Fecha: 20/09/2022 11:58:27 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Empleado del nivel profesional para ser encargado por tener investigación penal en curso. RAD.: 20222060419422 del 18 de agosto de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta formula varios interrogantes en relación con la posibilidad de que un empleado con derechos de carrera administrativa, que se encuentra vinculado a una investigación de tipo penal, pueda ser nombrado en encargo, participar en concursos de méritos o seguir prestando sus servicios en la respectiva entidad pública, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En lo que respecta al encargo, se precisa que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004¹, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019², señala en relación con la forma de proveer vacancias temporales o definitivas de empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción:

"ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por art. 1, Ley 1960 de 2019. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

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. (...)

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

Por su parte, el artículo 18 del Decreto Ley 2400 de 1968³, consagra:

"ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo (...)". (Subrayado nuestro)

A su vez, el Decreto 1083 de 2015⁴, dispuso:

"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. (...)"

Conforme lo señalan las disposiciones normativas citadas, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados con derechos de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual de funciones específicas y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, 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. También señala la ley que, si no hay 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.

Así mismo, dispone la norma que 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.

De esta manera, se tiene que el encargo conlleva la designación temporal en un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Esto significa, que el empleado desempeñará simultáneamente las funciones del cargo para el cual fue designado mediante encargo y las del empleo del cual es titular; o únicamente desempeñará las funciones del cargo para el cual fue designado en encargo. En ambos eventos, el encargo procede mediante acto administrativo emitido por el nominador, por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica no es procedente que un empleado produzca su propio acto de nombramiento en encargo, como lo sugiere en su consulta.

Adicionalmente, según lo dispuesto por el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento, verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.

Con base en lo expuesto en precedencia, se tiene que las condiciones que deben cumplirse para que un empleado de carrera administrativa pueda ser encargado de otro empleo son:

<![if !supportLists]>1. <![endif]>Acreditar los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual de funciones específicas y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad.

<![if !supportLists]>2. <![endif]>Poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño.

<![if !supportLists]>3. <![endif]>No haber sido sancionado disciplinariamente en el último año y,

<![if !supportLists]>4. <![endif]>Que su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

De acuerdo con lo anterior, se observa que en la ley no está prevista una limitación para que una persona que está investigada en un proceso de carácter penal, pueda acceder al derecho establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, por lo que se colige que el empleado de que trata su consulta podrá ser nombrado en encargo, una vez la entidad en la que presta sus servicios haya adelantado el proceso administrativo respectivo.

En cuanto a su segundo interrogante, en relación con la posibilidad de que el empleado investigado penalmente participe en concursos de méritos, es preciso indicar que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos⁴, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado⁵ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. En consecuencia, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Esto quiere decir que, mientras no exista una sentencia judicial condenatoria o una decisión que declare la interdicción para el ejercicio de funciones públicas, la persona investigada en un proceso penal, podrá participar en concursos de méritos y vincularse como empleado público en período de prueba, en caso de superarlo, toda vez que el aspirante no incurría en las causales de inhabilidad previstas para tomar posesión del empleo⁶, pues la investigación es una parte que se desarrolla dentro del proceso que debe culminar con el fallo que defina la situación del investigado.

En este sentido, una vez revisadas las normas de administración de personal del sector público, principalmente las contenidas en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política y el artículo 42 de la Ley 1952 de 2019⁷, no se evidencia norma que prohíba a quien está siendo investigado penalmente, participar en concursos de méritos.

Por último, en lo relacionado con la viabilidad de que el empleado mencionado en su consulta pueda continuar ejerciendo el empleo de carrera administrativa del cual es titular durante el trámite de una investigación penal, me permito indicar que el Decreto 1083 de 2015 establece al respecto:

"ARTÍCULO 2.2.5.5.47. Suspensión en ejercicio del cargo. La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo previsto en la norma, la suspensión en el ejercicio de un empleo público consiste en la separación temporal del ejercicio de las funciones propias del empleo que se ejerce, como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia con ponencia de la magistrada Bertha Lucia Ramírez de Páez, del 25 de enero de 2007⁸, expresó:

"La suspensión administrativa

Debe distinguirse la suspensión administrativa que adopta la autoridad nominadora en ejercicio de sus propias facultades en el campo disciplinario, de la que adopta en acatamiento de orden judicial frente a la cual carece de poder decisorio.

La Administración suspendió al demandante, del cargo que desempeñaba, por solicitud de la Justicia Penal que le había decretado auto de detención dentro de la investigación que le adelantaba por conductas presuntamente punibles, en ejercicio de sus funciones como empleado público. Igual ocurrió con la reincorporación del actor al empleo, la cual tuvo como fundamento la decisión del mismo órgano judicial que precluyó la investigación.

El acto de suspensión es esencialmente motivado. La Corporación ha reiterado, entre otras, en la sentencia de 6 de marzo de 1997, expediente 12.310, con Ponencia del Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, dicho acto que contiene una condición resolutoria (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A.) que consiste en el futuro incierto del proceso; y que el derecho a la remuneración se encuentra sometido a una condición suspensiva que

consiste en el mismo proceso penal, de suerte que el hecho de la suspensión no se puede convertir en un fenómeno extintivo de los derechos del empleado favorecido, cuando la condición resolutoria que pesaba sobre el acto desaparece retroactivamente, desde la fecha de la suspensión, quedando sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos así no se haya prestado el servicio." (Destacado nuestro)

Analizadas la norma y la jurisprudencia transcritas, se infiere que la suspensión en el ejercicio del cargo procede si la autoridad judicial solicitó la suspensión de la relación laboral, misma que debe ser decretada mediante acto administrativo motivado.

Así las cosas, se deduce que, si el juez penal no decretó la suspensión en el ejercicio del cargo, el empleado investigado podrá continuar ejerciéndolo mientras se adelanta el proceso respectivo, considerando que no es viable que la Administración ordene la referida suspensión sin que medie la solicitud de la autoridad penal competente en ese sentido.

Al margen de lo anterior, si la autoridad judicial no solicitó la suspensión de la relación laboral, deberá observarse si se ordenó la detención del servidor público, caso en el cual se genera una imposibilidad para la prestación del servicio en el empleo del cual es titular.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
2. Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.
3. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.
4. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública.
5. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
6. Sentencia proferida dentro del Expediente No.: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
7. Ver artículo 42 de la Ley 1952 de 2019, Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Ver artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

8. Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

9. Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado No. 05001-23-31-000-1998-00883-01(1618-03). Demandante: César Castaño Jaramillo.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:08:40