

**Función Pública**

Concepto 289141 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000289141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000289141

Fecha: 11/07/2023 03:32:14 p.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Encargo de empleado de carrera administrativa del nivel asistencial en un empleo del nivel técnico. RAD.: 20232060585712 del 1 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual indica:

Red salud fue creada en el año 1998 hace aproximadamente 25 años. La empresa la han modificado la planta de personal 3 veces suprimiendo cargos y creando otros. La última modificación a la planta de personal fue el pasado 1 de marzo del presente año, donde suprimieron cargos y crearon: 8 cargos administrativos, 11 profesionales, 8 técnicos administrativos y 4 asistenciales. Realizan una convocatoria interna con el fin de dar oportunidad de ascenso a los funcionarios en carrera administrativa, de los cuales se presentaron 8 funcionarios y solo pasaron 3 por no cumplir requisitos de los cargos creados. Mi inquietud surge a nivel de secretarías: somos 8, de las cuales 3 están inscritas en carrera administrativa, dos se presentaron a la convocatoria, ellas estudiaron una es administradora pública egresada de la ESAP y la otra compañera estudio en el SENA técnico administrativo, yo no tengo sino los requisitos como secretaria y otros cursos cortos pero me he desempeñado en diferentes rol a nivel institucional, en la actualidad apoyo en algunas funciones en área financiera; las demás secretarías que son un total de 5, están en nombramiento provisional ocupando cargos de secretarías, algunas de ellas estudiaron el técnico administrativo y apenas se están graduando otras ya tenían sus estudios. De acuerdo a lo anterior citado, mi inquietud surge es porque de las secretarías que se presentaron a la convocatoria solo paso 1 a la otra le dijeron que no cumplía por no tener experiencia como técnico, al igual que ella la gran mayoría nos encontramos desempeñando funciones que no competen a los cargos, pero no se tiene en cuenta dicha experiencia por no estar desempeñándolo. ¿A las secretarías en nombramiento provisional se les van hacer el ascenso y van hacer nombradas como técnico, es legal dicha situación, cuando la experiencia es similar a las secretarías de carrera administrativa? ¿Las secretarías en carrera administrativa somos dos no podemos ascender porque no cumplimos requisitos, para esta situación que pasa con el decreto 785 donde se puede homologar experiencia por estudio, es posible esto? o es potestativo del gerente dar o no dar la oportunidad. Es legal que entre las secretarías en nombramiento provisional una de ellas sea sobrina de la coordinadora de talento y a ella se le vaya a nombrar en un cargo de técnico? Cuando se modifican las plantas de personal, debe de haber una incorporación a la nueva planta, se deben firmar actas de posesión o no.

Sobre el particular, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de la forma de proveer de manera transitoria empleos de carrera administrativa con vacancia temporal o definitiva, es necesario precisar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004^[1], modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019^[2] dispone expresamente que, 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.

En consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el empleado con derechos de carrera que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo.

Ahora bien, en la circular 117 de 2019, emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y este Departamento Administrativo se indicó:

“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.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que en el caso de presentarse vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera administrativa, mientras se surte el proceso de selección para proveer el empleo, los empleados con derechos de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si se encuentran en el empleo inmediatamente inferior dentro del mismo nivel jerárquico, 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.

Por tal razón y para el caso de su consulta, se infiere que el empleado que ostenta un empleo del nivel asistencial no podrá ser encargado en un empleo del nivel técnico, considerando que no se encuentra dentro del mismo nivel jerárquico del empleo vacante.

Ahora bien, en el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos o por no existir más empleados de carrera administrativa en la entidad, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional. Así lo dispone el artículo 25 de la Ley 909 de 2004:

“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.” (Destacado nuestro)

En ese sentido, se precisa que conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, los nombramientos provisionales se constituyen en 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 y siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados, nombramiento que en los casos de vacancia temporal deberá realizarse solo por el tiempo que dure la situación administrativa que genera la separación temporal del empleo.

En consecuencia, corresponderá a la entidad respectiva la selección del aspirante que ocupará el empleo, para lo cual debe verificar que cumple con el perfil y los requisitos exigidos para su desempeño, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.5.1.4 del Decreto

1083 de 2015, insistiendo en que el nombramiento provisional solo procede de manera excepcional.

Por otra parte, sobre la legalidad de la vinculación de dos parientes en una entidad pública, la Constitución Política de Colombia, establece:

"ARTÍCULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos. (...)" (Subrayado nuestro)

De conformidad con la norma constitucional citada, se deduce que la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige, a personas con las cuales estén ligados por matrimonio o unión permanente o tenga relación de parentesco en los grados señalados, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes.

Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que como quiera que la prohibición se encamina a restringir que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre a sus parientes en los grados arriba indicados o cónyuge o compañero (a) permanente, se colige que en el caso que ninguno de los parientes tenga la función nominadora dentro de la entidad, no existe inhabilidad alguna para que se vinculen como empleados en una misma entidad pública.

Así las cosas, considerando que según su escrito se trata de dos empleados públicos que son parientes, existirá inhabilidad si uno produce el nombramiento del otro. De no ser así, se advierte que no hay prohibición alguna para que presten sus servicios en la misma entidad pública.

Al margen de lo anterior, en caso de presentarse un conflicto de interés por la anterior situación, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2002^[3], en concordancia con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011^[4], según los cuales, cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido.

En consecuencia, en caso de presentarse un conflicto de interés cuando en el ejercicio del cargo de coordinador de talento humano deba actuar en un asunto donde tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge o parientes dentro de los grados señalados en la ley, éste deberá declararse impedido.

Finalmente, en lo que respecta a las incorporaciones en cargos de una nueva planta de personal, adoptada dentro de un proceso de reestructuración, es necesario acudir a lo dispuesto en el Decreto Ley 1042 de 1978^[5], sobre movimientos de personal en la mencionada situación:

"ARTÍCULO 81. Del movimiento de personal con ocasión de las reformas en las plantas. Siempre que se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo, la incorporación de sus empleados a los nuevos cargos establecidos en ella se sujetará a las siguientes reglas:

1) No será necesario el cumplimiento de requisitos distinto al de la firma del acta de posesión:

Cuando los nuevos cargos sean iguales a los de la planta anterior en su denominación y grado, y tengan, por consiguiente, las mismas funciones e idénticos requisitos para su ejercicio. Cuando los nuevos cargos solo se distingan de los de la antigua planta por haber variado su grado de remuneración, como efecto de un reajuste de salarios ordenado por la ley. Cuando los nuevos cargos tengan funciones similares a los de la planta anterior, pero para su desempeño se exijan los mismos requisitos.

En este caso la incorporación se tomará como traslado.

2) La incorporación se considera como nuevo nombramiento o como ascenso según se trate de empleados de libre nombramiento y remoción o de empleados de carrera, respectivamente y deberá estar precedida en todo caso de la comprobación del lleno de los requisitos exigidos para el ejercicio del nuevo cargo:

Cuando se haya dispuesto la supresión de cargos fijados en la planta anterior, y la creación de nuevos empleos con diferentes funciones y requisitos mínimos para su ejercicio. Cuando la reforma de la planta tenga por objeto reclasificar los empleos de la planta anterior, para fijar otros de mayor jerarquía dentro de una misma denominación.

En toda incorporación de funcionarios de carrera a cargos de superior jerarquía y responsabilidad, que de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo se considera ascenso, será indispensable, además, el cumplimiento de las disposiciones que sobre movimiento de personal escalafonado se establezcan en el estatuto de servicio civil y carrera administrativa.

La incorporación no implica solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal. En ningún caso la incorporación podrá implicar desmejoramiento en las condiciones laborales salariales de los funcionarios que ocupaban empleos de la planta anterior.”

De acuerdo con lo anterior, la incorporación en un empleo como consecuencia de un proceso de reestructuración deberá efectuarse mediante resolución expedida por el jefe del organismo, el cual no implica un nuevo nombramiento, ni solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal, siempre y cuando se efectúe en empleos equivalentes; no obstante, los empleados incorporados a la nueva planta de personal deben tomar posesión del empleo (firma del acta de posesión), en razón a que el acto administrativo de creación de la nueva planta de personal deroga la anterior.

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 <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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Melitza Donado

Revisó y aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PAGINA

[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 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.

[4] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[5] Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:51:43