

LA FIGURA DE ENCARGO PARA LA PROVISIÓN TRANSITORIA DE EMPLEOS DE CARRERA.

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL ENCARGO A PARTIR DEL DECRETO 1950 DE 1973:

Cuando se trata de abordar la normatividad que ha regido la figura del encargo, es importante acudir, primeramente, al Capítulo IV del **Decreto 1950 de 1973**, el cual, hasta nuestros días, define y estructura los elementos básicos de dicha figura, así:

“Artículo 34. Hay encargo cuando se designa temporalmente a 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.

Artículo 35. Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.

Artículo 36. El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera.

Artículo 37. El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.”

A su turno, la **Ley 27 de 1992**,¹ dispuso sobre la materia:

“Artículo 10. De la provisión de los empleos. La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario. La de los de carrera se hará previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales.

El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales.

(...)

Artículo 18. De los nombramientos provisionales en caso de comisión. Mientras los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa se encuentren en comisión de estudios o desempeñen en comisión, cargos de libre nombramiento y remoción, los empleos de carrera de que sean titulares, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que dure la comisión, si no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.”

¹ No vigente actualmente.

Posteriormente, la **Ley 443 de 1998**, estableció en relación con la figura de encargo:

“Artículo 8o. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

PARÁGRAFO. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.

Artículo 9o. 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, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.

Artículo 10. Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses; cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las *respectivas* Comisiones del Servicio Civil.

Cuando por circunstancia debidamente justificada (*ante la respectiva (Comisión del Servicio Civil)*), una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse previa autorización de la (*respectiva*) Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

La Comisión del Servicio Civil *respectiva* podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales o su prórroga sin la apertura de concursos por el tiempo que sea necesario, previa la justificación correspondiente en los casos que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad.²

Artículo 12. Responsabilidad de los nominadores. Sin perjuicio de la imposición de las multas a que hubiere lugar, la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, que efectúe nombramientos sin sujeción a las mismas, o que permita la permanencia

² Nota Jurisprudencial. El texto subrayado e incluido en paréntesis fue declarado inexecutable, por la Corte Constitucional en sentencia C 372 de 1999.

en cargos de carrera de personal que exceda los términos del encargo o de la provisionalidad, y los integrantes de las Comisiones del Servicio Civil que, por acción u omisión lo permitan, cuando de ello hubieren sido enterados, incurrirán en causal de mala conducta y responderán patrimonialmente en los términos previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

Las Comisiones del Servicio Civil, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, adoptarán las medidas pertinentes para verificar los hechos y solicitar que se inicie la correspondiente investigación disciplinaria y se impongan las sanciones a que haya lugar.”

Ahora bien, en vigencia de la Ley 443 de 1998, el artículo 3 del **Decreto 1572 de 1998**,³ estableció en relación con la figura de encargo, lo siguiente:

“Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, y se requiera su provisión temporal, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales cargos si acreditan los requisitos de estudio y experiencia y el perfil para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales.

Tanto el encargo como el nombramiento provisional sólo procederán después de que se haya convocado el respectivo proceso de selección, salvo autorización previa de la correspondiente Comisión del Servicio Civil cuando medie justificación del jefe de la entidad en los casos en que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad.”

En la actualidad, la facultad para proveer mediante encargo los empleos en las entidades y organismos del Estado corresponde al respectivo nominador, quien toma la decisión según las necesidades del servicio y con sujeción a las siguientes disposiciones de la **Ley 909 de 2004**:

Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando, reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

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 definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, 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.

³ “Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto-ley 1567 de 1998”.

Párrafo 3° del numeral 5 del artículo 31. “(...) El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional. (...)” (El aparte subrayado corresponde al tema tratado)

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, señala en relación con el encargo:

Artículo 8°. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.⁴

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Artículo 9°. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. 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.”

El artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, es del siguiente tenor literal:

“Artículo 1°. Modifícase el párrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de

⁴ Nota Jurisprudencial. El texto subrayado fue declarado nulo mediante fallo del Consejo de Estado 9336 del 12 de abril de 2012. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.”

2. NATURALEZA Y CONCEPTO DE LA FIGURA DE ENCARGO.

2.1. NATURALEZA DE LA FIGURA DE ENCARGO.

La naturaleza de la figura de encargo, se encuentra íntimamente ligada al concepto de situación administrativa. Ya antes de la expedición del Decreto 1950 de 1973, el encargo venía siendo considerado como una de las situaciones administrativas en que podía encontrarse el empleado público. Así, en el Capítulo V del Decreto 2400 de 1968,⁵ se estableció como una de las situaciones administrativas, cuando el servidor se encontrase ejerciendo las funciones de un empleo por encargo.⁶

No obstante, si bien es cierto desde los albores del Servicio Civil, el encargo ha tenido una connotación de situación administrativa y, concomitantemente, de mecanismo de administración de personal y de movilidad laboral, circunstancia que favoreció el determinismo sobre la concesión del mismo en cabeza del nominador, también lo es, que el encargo ha tenido una evolución en su contenido, a partir del surgimiento del sistema de carrera administrativa, con el cual se erigió el ingreso por mérito al empleo público de carrera.

⁵ Decreto que modificó el Decreto 1732 de 1960, este “*Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa*”

⁶ Artículo 18, *ibídem*.

En efecto, desde la comprensión del mérito como principio esencial para el acceso al empleo público, la estructura normativa correspondiente al servicio civil, fue transformada con una mirada integral que incluye la carrera administrativa, la cual abarca no sólo la provisión definitiva de los empleos de carrera, en la cual, ciertamente, es ampliamente reconocida la obligación de adelantar los procesos de selección por mérito, sino la provisión transitoria, en la cual se privilegia el acceso temporal al empleo de carrera a través de la figura de encargo por sobre el nombramiento en provisionalidad, en el entendido que a través del encargo, se promueve el mérito, en la medida que se provee el empleo con personal de carrera, que no sólo ha probado su idoneidad en el empleo para el cual concursó, sino que ostenta una evaluación del desempeño del nivel sobresaliente en éste, y que para mantener el encargo como derecho, deberá obtener una calificación sobresaliente en el ejercicio del mismo, a diferencia de lo que ocurre con el empleado provisional, que al ser ajeno a la carrera, no cuanta con registros de tal índole y no se rige por los rigurosos requisitos que establecen las normas de carrera, en tratándose de la concesión de los encargos.

Así las cosas, como mecanismo de provisión ceñido al ejercicio de la carrera, el encargo fue adquiriendo un estatus que trascendió el mero concepto de la provisión, pues a partir de la estructura normativa de carrera, comenzó a instaurarse como un medio de movilidad vertical temporal para los empleados de carrera, en tanto, les permite acceder a un empleo superior, no sólo con beneficios de contenido salarial, en los casos que así opera,⁷ sino de orden funcional y de perspectiva laboral, esto último, en la medida que el encargo les da la oportunidad de probar, adquirir y acreditar nuevas competencias laborales, de cara a futuras promociones o ascensos. En esa vía, el encargo se fue posicionando como un derecho preferencial, predicable respecto de los empleados de carrera, que vino a ser reconocido en tal sentido a partir de la Ley 27 de 1992, carácter que ha venido conservando hasta nuestros días, conforme se desprende del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y que viene siendo reivindicado desde la facultad de instrucción que posee la Comisión Nacional del Servicio Civil.⁸

Entendido así el encargo,⁹ goza de una naturaleza tridimensional, esto es, como situación administrativa, forma de provisión de un empleo y derecho preferencial de carrera.

Corolario de lo expuesto, si bien es el nominador quien continúa determinando sobre qué servidor debe recaer el encargo, una vez decide proveer transitoriamente el empleo de carrera, la aplicación y concesión de la figura, no comporta, desde hace ya mucho tiempo, una decisión discrecional del nominador, que pueda ser tomada ajena a los supuestos normativos de la carrera administrativa, esto es, disponiendo al arbitrio sobre la concesión de la figura o incluso, prescindiendo de su agotamiento antes del uso del nombramiento en provisionalidad.

En ese mismo sentido, bajo la mirada de la carrera administrativa, es totalmente rechazada la postura de uso del encargo como medida de represión de los servidores de carrera, ampliamente admitida en la tradicional concepción del servicio civil colombiano, modelo bajo el cual era obligatoria la aceptación del encargo aún en detrimento de las condiciones laborales del servidor.

⁷ Siempre que no deba ser percibido por su titular.

⁸ Al respecto se pueden observar, las Circulares 009 de 2011 y 005 de 2012, emitidas en relación con la materia.

⁹ Desde la óptica de la carrera administrativa, pues debe tenerse en cuenta que también existe la posibilidad de encargo para empleos de libre nombramiento y remoción.

Esa nueva comprensión del encargo como derecho, invita a una tarea de armonización entre los derechos y deberes, tanto de la administración, como de los administrados. Al respecto, es pertinente traer a colación un aparte del concepto emitido en respuesta al radicado 29398 de 2008, el cual puede ser consultado en la sección de extractos, anexa a este concepto:

“...Ahora bien, al derecho de la administración de hacer uso de la figura del encargo con el fin de preservar la continuidad del servicio se contrapone, en principio, el deber del empleado de carrera capacitado e idóneo de corresponder a la designación y ejercer el cargo vacante en el mejor de los términos.

Sin embargo, en consideración de este Despacho el ejercicio de ese derecho o facultad por parte de la administración no puede desconocer los principios, valores, garantías y derechos consagrados en la Constitución, de manera que, aun cuando legítimamente el nominador puede designar unilateralmente al funcionario sobre el cual recaería el encargo (siempre y cuando cumpla con los requisitos), tal facultad no es ilimitada y, por ello no puede traducirse en una restricción desproporcionada o inequitativa del derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales consagrado en el artículo 26 de la Carta.

Téngase en cuenta, que en Sentencia C-606 de 1992 la Corte Constitucional manifestó que el derecho a escoger profesión u oficio es una derivación directa del derecho al trabajo y por tanto la reglamentación a que está sujeto debe asegurar el máximo de libertad e igualdad real de los individuos.

Así las cosas, como toda decisión de la administración, la nominación de un empleado para ser encargado en un empleo vacante, debe atender los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que demanda los propios derechos del empleado, esto es, para el caso, sin desconocer el derecho que tiene el empleado designado a decidir sobre el ejercicio de su profesión u oficio o, en otros eventos, sin menoscabar las condiciones laborales del empleado. (...)

2.2. CONCEPTO Y CLASES DE ENCARGO.

Conforme al artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, *“Hay encargo cuando se designa temporalmente a 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.”*

Sin embargo, el concepto de encargo así expuesto, resulta incompleto sino se lee desde la perspectiva de derecho preferencial, que le aporta el sistema de carrera administrativa y, particularmente el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, que señala: *“Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente. (...)*”

El encargo es así, una situación administrativa en la que se encuentra un servidor titular de derechos de carrera, cuando por derecho preferencial o en defecto de este, por decisión potestativa del nominador, expresada a través de acto administrativo, se le designa para asumir total o parcialmente las funciones de otro empleo de carrera de condición jerárquica superior, vacante de manera temporal o definitiva.

De lo anterior, se deduce que el encargo puede clasificarse desde el punto de vista funcional, como pleno o parcial y, según la naturaleza de la designación, como encargo por derecho o potestativo.

El encargo será pleno cuando se ejercen la totalidad de funciones de un empleo y parcial cuando se asume sólo una parte de ellas.

El encargo constituye un derecho preferencial para aquellos servidores de carrera que cumplan a cabalidad con los requisitos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y, una posibilidad discrecional que, a falta de aquellos, se podrá agotar respecto de los servidores de carrera que, sin tener evaluación del desempeño sobresaliente, cumplan con los demás requisitos exigidos en la norma.

Cabe señalar, sin embargo que, de manera genérica, el concepto de encargo puede aplicarse respecto de empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, lo cual permitiría acudir a otro tipo de clasificación según el empleo para el que se otorga, no obstante, teniendo en cuenta el ámbito de competencia de esta Comisión y la limitación del tema de análisis en la presente oportunidad, a la provisión transitoria de empleos de carrera, no se desarrollará el encargo en dicho sentido.

3. CARACTERÍSTICAS.

A la luz de la normatividad vigente, es necesario resaltar las siguientes características jurídicas de la figura del encargo:

- **NATURALEZA MIXTA.** El encargo es un modo de provisión transitoria de los empleos de carrera, pero también constituye un derecho preferencial de carrera.
- **CARÁCTER REGLADO DEL ENCARGO COMO DERECHO.** El agotamiento del procedimiento para la provisión transitoria por encargo, su concesión a quien detente el mejor derecho y cumpla con los requisitos, su desarrollo y terminación se encuentran presupuestados en la ley. Para su otorgamiento, deben concurrir ciertos elementos de hecho y de derecho exigidos por el ordenamiento.

El carácter reglado de la figura de encargo implica entre otros aspectos, que éste se predica respecto de un sujeto calificado, esto es, el empleado titular de derechos de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la ley, para hacerse a creador al encargo. La figura del encargo no puede aplicarse respecto de servidores nombrados en provisionalidad o en empleos de otra naturaleza.¹⁰

- **ES UN MECANISMO PREFERENTE DE PROVISIÓN TRANSITORIA DE EMPLEOS DE CARRERA.** El procedimiento de encargo debe agotarse de manera preferente al nombramiento en provisionalidad. Sólo en defecto de la posibilidad de otorgar un encargo para la provisión transitoria de un empleo de carrera en vacancia temporal, es procedente acudir al nombramiento en provisionalidad. Así mismo, debe tenerse en cuenta que, el deber de agotar de manera preferente el encargo, por sobre el

¹⁰ Al respecto, se pueden observar los conceptos emitidos en respuesta a las consultas radicadas bajo No. 24282 de 2008, 57200 de 2012 y 10363 de 2013, cuyos extractos se encuentran en la sección de anexos de este escrito.

nombramiento en provisionalidad es aplicable, tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos.¹¹

- **TRANSITORIEDAD.** Siendo un modo de provisión transitoria el encargo no tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, sino que por el contrario, tiene un carácter temporal, que debe ser establecido desde el momento mismo de la concesión.

Conforme al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el término de la situación de encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, concordante con lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en el cual, además, se establecía la posibilidad de que el encargo se extendiera hasta que se produjera el nombramiento en período de prueba, en aquellos casos en los que el concurso de mérito para la provisión definitiva del empleo vacante no hubiere culminado. El texto del mencionado inciso, es el siguiente: “El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.”

No obstante, el aparte subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012, en el cual se indicó, entre otros aspectos:

“(…) De la simple confrontación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el aparte demandado del Decreto 1227 de 2005, se concluye que el legislador estableció un término perentorio de 6 meses de duración del encargo, no obstante al ser reglamentado se introdujo una excepción que permite prolongar dicho término.

El artículo 130 de la Constitución Política dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa. En el mismo sentido la Ley 909 de 2004, agregó que se trata de un órgano establecido con el fin de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público.

Sus funciones en relación con la administración de la carrera administrativa y vigilancia sobre la aplicación de las normas a la misma, están establecidas en los artículos 11 y 12 ibídem, en los siguientes términos:

Art. 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

- a) *Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;*

(…)

¹¹ Para mayor ilustración se pueden consultar los extractos correspondientes a los conceptos emitidos en respuesta a las consultas radicadas bajo No. 22821 de 2008, 54342 de 2012 y 56283 de 2012, recogidos al final de este escrito

Artículo 12. *Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:*

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

(...)

De acuerdo con lo anterior, se infiere que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con la duración del encargo de que podían ser objeto los empleados de carrera mientras se surte el proceso de selección, por el contrario, la Ley fue enfática en señalar que tal situación no podía exceder de seis meses sin contemplar condicionamiento de alguna naturaleza.

En consecuencia, es clara la contradicción entre la norma reglamentaria y la Ley razón por la cual se declarará la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida. (...)¹²

Al respecto, la CNSC, en el Título III de la Circular 05 de 2012, se pronunció en los siguientes términos:

*“En el fallo proferido el pasado 12 de abril de 2012, el Consejo de Estado se pronunció respecto del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005 en el sentido de declarar la nulidad del siguiente aparte **“salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba”**”.*

Sobre el particular se debe señalar que las prórrogas de nombramiento en provisionalidad y encargo que autoriza la Comisión Nacional del Servicio Civil, encuentran su fundamento legal en el Decreto 4968 del 27 de diciembre de 2007, que modificó el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, motivo por el cual el trámite de estas prórrogas continúa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano y por tanto es vinculante para esta Comisión Nacional, como quiera que el decreto que las autoriza goza de presunción de legalidad y por tanto es de obligatorio cumplimiento hasta tanto no exista un pronunciamiento del juez de lo contencioso administrativo en sentido contrario, sin que le sea posible a la administración desconocer la eficacia jurídica de la norma vigente.¹³

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00215-01(9336-05), Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹³ Sentencia C- 037 del 26 de enero de 2000. Magistrado ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa: “Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de **garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y**

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante la sentencia C- 1436 del 25 de octubre de 2000, con ponencia del Magistrado doctor Alfredo Beltrán Sierra, en los siguientes términos:

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como "el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia, en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de enero 14 de 1991, Sala Plena Magistrado Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, manifestó:

"La derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que de un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado con el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en

dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, **dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados**, pues **cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad** y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub examine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, **tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento**, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos". (Destacado fuera de la cita)

cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab-initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad."

(...)

A su vez, es pertinente señalar que la presunción de legalidad presupone una suposición de regularidad del acto, lo cual conlleva a entender que el acto procede de una autoridad pública que tiene el deber de respetar la ley, que es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados, y que fue emanado de la autoridad careciendo de vicios.

Igualmente, la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas subjetivas les da obligatoriedad, imperatividad y oponibilidad, mientras dicha presunción no sea destruida mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, y generen la totalidad de sus efectos jurídicos en tanto no sean declarados nulos.

Así mismo, el acto administrativo se presume legítimo porque contiene en forma expresa o implícita, la afirmación de su legitimidad por parte de la misma administración que lo dicta, quien no necesita declararlo legal puesto que se presume como tal si se ha expedido conforme a derecho.

Bajo esta perspectiva se concluye que la autorización de prórrogas de nombramientos en provisional y en encargo se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico.

- **EL ENCARGO ES UN MECANISMO DE PROVISIÓN QUE CONCEDE UNA ESTABILIDAD PRECARIA.** Esto significa que el encargo debe ceder ante la provisión definitiva del empleo por cualquiera de los mecanismos de provisión establecidos en la Ley y, que la estabilidad en el empleo no es equiparable a la que se adquiere a través de los mecanismos de provisión definitiva.
- **EL DERECHO A ENCARGO SUSCEPTIBLE DE SER EXIGIDO POR VÍA DE RECLAMACIÓN DE CARRERA.** Siendo un derecho preferencial del empleado de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la norma, este derecho puede exigirse mediante el procedimiento de reclamación de carrera, dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 760 de 2005.

Dentro de los diez días hábiles siguientes a la publicidad del acto presuntamente lesivo del derecho a encargo o a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la posible vulneración (Ej: acto de provisión por encargo de otro servidor con menos derecho o que incumple requisitos, o nombramiento en provisionalidad existiendo servidor de carrera con derecho a encargo),¹⁴ el servidor de carrera administrativa que considere vulnerado su derecho a encargo, podrá interponer escrito de reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad, atendiendo para ello, los requisitos establecidos en el Título I del Decreto 760 de 2005 (Artículos 4 y 5).

¹⁴ En este punto, es pertinente tener en cuenta que, a la luz del artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular deberán publicarse. Lo anterior, como quiera que esta publicación es determinante, para establecer, en algunos casos, el acto lesivo y, por tanto, para computar el término para la interposición en oportunidad de la reclamación por encargo.

Proferido y conocido el acto administrativo que resuelve la actuación iniciada con ocasión de la reclamación en primera instancia, el servidor de carrera interesado cuenta con la posibilidad jurídica de cuestionar el pronunciamiento de la Comisión de Personal, si se considera insatisfecho con aquel, valiéndose de la reclamación en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual deberá ser presentada ante la Comisión de Personal de la entidad, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 5 del Decreto 760 de 2005.¹⁵

4. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A ENCARGO A UN SERVIDOR TITULAR DE DERECHOS DE CARRERA.

Conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tendrá derecho a encargo:

- a) El empleado de carrera “que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior” al que se pretende proveer transitoriamente;
- b) Que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia;
- c) Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar,
- d) Que no tenga sanción disciplinaria en el último año y,
- e) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.

Es preciso señalar, que la CNSC a través de la facultad instructiva que detenta como máxima autoridad en materia de carrera administrativa, ha examinado y precisado el alcance de dichos requisitos, en virtud de lo cual, resulta importante retomar frente a dichos aspectos, lo esgrimido en la Circular 05 del 23 de julio de 2012,¹⁶ complementándolo con la doctrina específica desarrollada sobre dicha temática, así:

a) Que el encargo recaiga en el servidor de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente.

Para verificar este criterio, es recomendable que la Unidad de Personal de la entidad o quien haga sus veces, analice la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica, atendiendo en orden descendente la posición jerárquica de quienes son titulares de derechos de carrera.

Es esencial que al realizar la verificación para el otorgamiento del derecho de encargo se examine en orden descendente la escala jerárquica de titulares de carrera, verificando inicialmente en el empleo inmediatamente inferior,¹⁷ con el fin de establecer si existe siquiera un titular de carrera que acredite todas las condiciones y requisitos para que le sea reconocido el derecho a encargo.

¹⁵ Al respecto, se pueden consultar la decisión de sala del 8 de noviembre de 2012 y el aparte de la instrucción emitida bajo radicado de salida 6075 del 15 de febrero de 2013, respecto al radicado de entrada No. 4939 de 2013, cuyos extractos se encuentran disponibles en la sección de anexos de este escrito.

¹⁶ Dicha Circular puede ser consultada en la página web de la Comisión, link: <http://www.cnsc.gov.co/docs/CIRCULAR005DE2012.pdf>

¹⁷ Sobre este punto se puede ver en la sección de extractos, el Concepto emitido bajo radicado de salida 9103 del 9 de marzo de 2013, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 8151 de 2013.

En el evento que existan varios titulares de carrera en el empleo inmediatamente inferior, que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, se deberá otorgar el encargo a quien ostente mejor derecho. En tal evento, se podrá adelantar concurso, sólo en lo que respecta a la evaluación de las aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo en situación de encargo.

Solo en caso de que no exista titular del empleo de carrera inmediatamente inferior que acredite las condiciones y requisitos exigidos para que se conceda el derecho al encargo, se continuará con la verificación respecto de los titulares del cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente, hasta encontrar el candidato que pueda ocupar el cargo o, agotar la totalidad de la planta sin encontrar quien tenga el derecho, caso en el cual, se podrá agotar la verificación respecto de los servidores de carrera que acaban de superar el período de prueba, en el nivel sobresaliente. Así mismo, a falta de estos se podrá tener en cuenta a aquellos servidores que sin tener evaluación del desempeño sobresaliente, cumplan con los demás requisitos exigidos en la norma.

Los servidores que gozan de encargo serán tenidos en cuenta, atendiendo para ello, la posición jerárquica que ocupan como titulares de derechos de carrera y no el empleo que ejercen en encargo.¹⁸

b) Que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia.

Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el Manual de Funciones y Competencias Básicas, vigente al momento de la provisión.

Cabe señalar que como acto administrativo de carácter general, el Manual de Funciones y Competencias Laborales deberá ser publicado en la página web de cada entidad. (Al respecto, ver la Circular Conjunta CNSC - DAFP No. 04 del 27 de abril de 2011).

Igualmente, resulta pertinente indicar que la facultad de modificar el Manual de Funciones y Competencias Laborales corresponde al jefe del organismo o la entidad, quien la debe ejercer con base en los estudios que al respecto adelanta la Unidad de Personal. No obstante, en caso que los empleos se encuentren ofertados en concurso, la facultad de modificación se verá limitada, con el fin de dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 40º del Decreto 1227 de 2005, tal como ha sido expuesto en las Circulares Conjuntas 074 de 2009 y 004 de 2011, suscritas por esta entidad con la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP, respectivamente.

Si bien el tema de modificación de manual de funciones y competencias laborales no es de competencia de esta Comisión, resulta pertinente señalar que dicha actividad debe obedecer única y exclusivamente a atender necesidades del servicio y de mejoramiento continuo. En tal sentido, no resulta pertinente modificar el manual de funciones de una entidad con fines ajenos al mejoramiento del servicio, como sucede en los casos en que se efectúan variaciones al manual con el ánimo de soslayar el agotamiento del derecho a encargo.¹⁹

¹⁸ Al respecto, se pueden consultar el Concepto aprobado por esta Comisión en sesión del 21 de diciembre de 2007, emitido bajo radicado de salida 00743 del 21 de enero de 2008.

¹⁹ Respecto a este punto, puede verse el concepto emitido bajo radicado de salida 19272 del 8 de mayo de 2012, en respuesta al radicado de entrada 21555 de 2012.

c) Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar.

La unidad de personal de la entidad o quien haga sus veces en la respectiva entidad, deberá conceptuar sobre este aspecto y pronunciarse positiva o negativamente sobre el cumplimiento de este requisito, sustentando las razones de su pronunciamiento.

En relación con este aspecto, debe advertirse que conforme a lo establecido en la Circular 05 de 2012, sólo si existen dos o más empleados de carrera, que ostentan derecho preferencial para el otorgamiento de encargo, esto es, que cumplan **con todas** las exigencias descritas en la norma²⁰, se podrá realizar concurso, entre estos, sobre el aspecto de aptitudes y habilidades, lo cual sin embargo, no exime al servidor responsable de adelantar el procedimiento concerniente a la expedición del estudio de verificación.

Es importante precisar que la posibilidad de adelantar concurso en el caso previsto en la Circular 05 de 2012, no puede implicar la realización de procesos similares o iguales a los procesos de selección adelantados para la provisión definitiva de empleos de carrera, lo cuales gozan de una naturaleza, un objeto y una regulación ampliamente distinta, de lo que se deriva, que en el proceso para la provisión transitoria de empleos de carrera, no puede establecerse etapas de reclutamiento, pruebas y/o lista de elegibles como ocurre en aquel, así como tampoco puede acudir a figuras como la de declaratoria de desierto de los procesos de selección por mérito.²¹

Si existe un solo empleado que cumpla con todos los requisitos, no se puede realizar concurso respecto a dicho aspecto, sino que se debe comprobar y establecer dicha situación mediante concepto del jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces y continuar el trámite respectivo.

d) Que no tenga sanción disciplinaria en el último año.

Se entiende que existe sanción disciplinaria cuando al cabo de un procedimiento administrativo disciplinario adelantado por autoridad competente, se ha emitido una decisión sancionatoria y ésta se encuentra en firme.

e) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.

Para tener derecho a acceder y mantener el encargo, será necesario que la última evaluación (ordinaria y definitiva) del desempeño laboral sea sobresaliente.

Será potestativo del nominador mantener el encargo a aquellos servidores que obtengan evaluación destacada o satisfactoria en relación con su desempeño en el encargo, siempre y cuando, en dicho momento no exista empleado con calificación sobresaliente que reúna todos los requisitos exigidos en el artículo 24, de la Ley 909 de 2004, para acceder al derecho a encargo, en cuyo caso, deberá darse por terminado el encargo de aquel servidor, para reconocerle el derecho a quien lo ostenta.

²⁰ Sobre este aspecto, puede revisarse el concepto emitido bajo radicado de salida No. 26221 del 15 de junio de 2012, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 26317 de 2012. Ver extractos al final del escrito.

²¹ Al respecto, puede consultarse el Concepto emitido bajo radicado de salida No. 11130 del 22 de marzo de 2013, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 12385 de 2013, el cual aparece en la sección de extractos sobre doctrina de la Comisión, adjunta a este escrito.

El encargo deberá darse por terminado cuando la evaluación del desempeño se tenga por no satisfactoria, lo cual implica que el servidor de carrera deberá volver al empleo del cual es titular.

Cuando no exista servidor de carrera con derecho preferencial para ser encargado, por estricta necesidad del servicio las entidades podrán tener en cuenta a los servidores que acaban de superar el período de prueba, en cuyo caso el nivel sobresaliente se deberá predicar de la evaluación del período de prueba.

Para aquellos servidores de carrera que logren una calificación satisfactoria o destacada en la última evaluación del desempeño laboral, el encargo no se constituye en un derecho sino decisión discrecional del nominador de la entidad en cuanto a conceder el encargo en dichos eventos, que solo procederá siempre y cuando no exista servidor de carrera con calificación sobresaliente (ordinaria o en período de prueba) y cumpla con los demás requisitos exigidos por la ley.²²

5. PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER EL DERECHO A ENCARGO.

Una vez determinada la necesidad de provisión transitoria del empleo de carrera y para garantizar los principios de igualdad, transparencia, publicidad y confiabilidad en el proceso de verificación sobre el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de encargo, el nominador de la entidad y el servidor responsable de la Unidad de Personal o quien haga sus veces, deberán publicar por cinco (5) días hábiles, en la cartelera institucional y/o en un lugar visible y asequible de la institución y en el caso de las entidades del orden Nacional con estructura territorial, en cada sede, los resultados que arroje el mencionado estudio, atendiendo cada uno de los requisitos antes referidos.

Al cabo de los cinco (5) días, sin que se haya presentado solicitud de revisión alguna contra el resultado del estudio, este se considera definitivo. A partir del momento en que el estudio adquiera el carácter de definitivo, el nominador podrá adelantar las acciones tendientes a concretar la provisión transitoria por encargo o nombramiento en provisionalidad, teniendo en cuenta que este último sólo será procedente si el estudio determina que no existe servidor habilitado para ser encargado.

En caso de que un servidor de carrera administrativa se considerase afectado con el resultado del estudio de verificación, podrá acudir ante el nominador dentro de los cinco (5) días hábiles en que transcurre la publicidad del estudio inicial, para que éste, con base en las pruebas y argumentos presentados, revise los resultados del mencionado estudio, para lo cual contará con tres (3) días.

²² Respecto al requisito de la evaluación del desempeño para el otorgamiento de encargo, se pueden consultar los siguientes conceptos: - Concepto emitido bajo radicado de salida 7887 del 22 de febrero de 2012, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 6329 de 2012. - Concepto emitido bajo radicado de salida 25069 del 8 de junio de 2012, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 25769 de 2012. - Concepto emitido bajo radicado de salida 13154 del 12 de abril de 2013, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 12031 de 2013. - Concepto emitido bajo radicado de salida 11133 del 22 de marzo de 2013, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 11982 de 2013.

Si la decisión del nominador determinase la modificación del estudio, el mismo deberá ser publicado nuevamente por el término de cinco (5) días hábiles, término al cabo del cual, si no se interpone petición de revisión, adquirirá el carácter de definitivo y se podrán adelantar las acciones tendientes a concretar la provisión transitoria.

En caso que se radique nueva solicitud de revisión, está solo podrá versar sobre hechos relacionados con la modificación efectuada. Una vez resuelta la petición, se procederá a consolidar y publicar por cinco (5) días hábiles el estudio definitivo.

Es importante tener en cuenta que la verificación de requisitos es necesaria para establecer sobre quien recae el derecho a encargo o, en su defecto, que no existe empleado de carrera que ostente dicho derecho. Será inadmisibles la aplicación de cualquier tipo de criterio no contemplado en la norma, así como la discriminación para el otorgamiento del derecho a encargo por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Ante la existencia de pluralidad de servidores con derecho preferencial al encargo²³, las entidades podrán utilizar concursos para determinar sobre cual servidor con derecho preferencial recae el encargo. No obstante, estos concursos únicamente podrán evaluar aptitudes y habilidades de quienes cumplen los requisitos dispuestos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior teniendo en cuenta que es requisito de procedibilidad para el otorgamiento del encargo, que la verificación se agote atendiendo la estructura jerárquica de empleos de carrera de manera descendente, es decir, considerando, prevalentemente, a quienes cumpliendo todos los requisitos para acceder al encargo (incluyendo el de aptitudes y habilidades), sean titulares del empleo más próximo al que se pretende proveer y, no a todos los servidores de carrera de la entidad, manera indistinta y abierta. Por esa razón, para el otorgamiento de los encargos, no es procedente la aplicación de concursos abiertos.²⁴

Debe tenerse en cuenta que tal tipo de concursos pretermite el requisito de que se verifique que el encargo recaiga en el empleado de carrera que sea titular del empleo inmediatamente inferior pues al efectuar un llamado abierto a todos los empleados de carrera sin distinción de su condición jerárquica, se coloca en igualdad de condiciones, tanto al empleado de carrera que está en el empleo inmediatamente inferior, como aquel que está mucho más abajo, situación que distorsiona la metodología que ha establecido la propia Ley 909 de 2004, para el otorgamiento de los encargos.

Así mismo, es indispensable recordar, que el ordenamiento jurídico no establece como requisito para llevar a cabo la verificación para el otorgamiento de encargo, que el empleado de carrera deba manifestar su interés al respecto.

En tal sentido, si bien es posible que la administración indague por este medio (postulación), el interés de los servidores de carrera respecto a un empleo de carrera a ser provisto transitoriamente, con el ánimo de agilizar el procedimiento de agotamiento de encargo, ello no es obstáculo para que se efectúe el estudio de verificación, teniendo en cuenta, en estricto orden jerárquico, a todos los servidores titulares de derechos de carrera y conforme a

²³ Esto es, que cumpla todos los requisitos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

²⁴ Ver Concepto emitido bajo radicado de salida 49540 del 20 de diciembre de 2012, en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 56139 de 2012.

ello, se reconozca a quien corresponde el derecho a encargo, atendiendo lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.²⁵

De otra manera, se estaría adicionando, por vía del mecanismo de postulación, el reconocimiento del derecho a encargo a un requisito de procedibilidad no contemplado en las normas que rigen la materia.

Ahora bien, una vez establecido el servidor sobre el cual recae el derecho a encargo, a través del respectivo estudio de verificación, la administración estará habilitada para adelantar las acciones tendientes a la concreción de la provisión transitoria. No obstante, cuando el servidor en quien recae el derecho preferencial a encargo, según el estudio definitivo, considere que la concreción de la designación podría conllevar el desmejoramiento de las condiciones laborales, deberá manifestarlo así ante el nominador, quien deberá evaluar los argumentos expuestos y las pruebas allegadas por el servidor y, decidir si se mantiene en la designación o no.

Debe tenerse en cuenta que si bien es cierto el encargo representa para la administración una forma expedita de provisión que contribuye a preservar la continuidad del servicio, también lo es que, a partir de la Ley 909 de 2004, el encargo constituye un derecho y, por tanto, el ejercicio de esa facultad por parte de la administración no puede desconocer los principios, valores, garantías y derechos del servidor de carrera, de manera que, aun cuando legítimamente el nominador puede designar unilateralmente al servidor sobre el cual recaería el encargo (siempre y cuando cumpla con todos los requisitos determinados en la ley), tal facultad no es ilimitada y, por ello no puede traducirse en una imposición que cause un desmejoramiento para el servidor público o implique una restricción desproporcionada o inequitativa del derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales consagrado en el artículo 26 de la Carta.

De ser aceptados los argumentos del servidor, por encontrar la administración que la designación le causa un desmejoramiento de sus condiciones laborales, se procederá a identificar al servidor que sigue en turno a ser beneficiario del encargo o a falta de éste, se deberá acudir a la figura del nombramiento provisional si así lo considerase necesario.

De no ser aceptados, el servidor público que se considere desmejorado laboralmente con dicha decisión, podrá interponer reclamación en primera instancia ante la respectiva Comisión de Personal dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de comunicación del acto que cause el presunto desmejoramiento de las condiciones laborales, atendiendo para el efecto los presupuestos de forma señalados en el artículo 4 del Decreto 760 de 2005. Frente a la decisión de la Comisión de Personal, procederá reclamación en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

6. ALGUNOS ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA APLICACIÓN DEL ENCARGO.

Un primer punto a tener en cuenta en relación con la aplicación de la figura de encargo, es que éste implica para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo

²⁵ Al respecto, es pertinente tener en cuenta la posición doctrinal establecida en la Resolución 1033 del 15 de mayo de 2013.

para el cual se ha producido, en los términos establecidos en el acto administrativo respectivo. El encargo, no puede ser entendido ni aplicado como un simple medio de mejoramiento salarial, sin el ejercicio de las funciones propias del empleo para el cual se ha sido designado, pues en tales circunstancias se distorsiona la finalidad para la cual fue creada la figura y, adicionalmente, puede incurrirse en una falta que puede ser sancionada desde múltiples ámbitos de responsabilidad.

En ese mismo sentido, se reitera que en tratándose de entidades nacionales con estructura en diversas regiones del país, puede ocurrir que un servidor, con derecho preferencial de encargo, esté ubicado en una regional distinta y distante geográficamente del lugar donde se requiere la prestación del servicio; en cuyo caso deberá tenerse en cuenta que el servidor deberá asumir los costos de desplazamiento y permanencia en el nuevo sitio de trabajo, sin que por tal hecho se genere traslado o comisión o cualquier otra situación administrativa que se confunda con la figura del encargo, que comprometa los intereses y fines estatales.

Otro punto fundamental dentro de la concepción del encargo, lo constituye la evaluación del desempeño laboral durante la vigencia del mismo, la cual resulta determinante de cara a la permanencia o la terminación del mismo.²⁶ De conformidad con el artículo 54 del Decreto 1227 de 2005, los funcionarios que desempeñen empleos a través de encargo, deben ser evaluados bajo los mismos términos y condiciones con los que se evalúa a los demás funcionarios de carrera.

7. LA TERMINACIÓN DEL ENCARGO.

La decisión de dar continuidad o terminar los encargos corresponde a una facultad del resorte exclusivo del nominador, que debe ser ejercida con sujeción a las normas que rigen la materia.²⁷

El encargo puede terminar, entre otras, por las siguientes causas:

- a) Por renuncia al encargo.
- b) Por obtención de evaluación del desempeño no satisfactoria.²⁸
- c) Por decisión del nominador debidamente motivada conforme al Art. 10 del Decreto 1227 de 2005²⁹. (Por ejemplo, por obtener el encargo calificación satisfactoria o destacada y no sobresaliente, en el ejercicio del empleo para el cual fue encargado y existir un servidor con derecho a encargo)
- d) Por la pérdida de los derechos de carrera.
- e) Cuando se acepte designación para el ejercicio de otro empleo.
- f) Por la imposición de sanción disciplinaria consistente en suspensión o destitución.³⁰

²⁶ Es decir, que dicha calificación afecta directamente la permanencia o la terminación del encargo, no la vinculación al servicio de quien se encuentra en dicha situación.

²⁷ Sobre este aspecto puede consultarse el concepto emitido bajo radicado de salida 33675 del 16 de agosto de 2012, en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 39147 de 2012.

²⁸ Sobre este aspecto, ver el concepto emitido bajo radicado de salida 23283 del 22 de junio de 2011 en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 20704 de 2011.

²⁹ El referido artículo establece que, “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.”

³⁰ Al respecto, obsérvese el concepto emitido bajo radicado de salida 11335 del 15 de marzo de 2012, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 7898 de 2012.

g) Por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo, conforme a lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005.

El presente concepto fue aprobado, por unanimidad, en sesión de Comisión del 28 de mayo de 2013, con ponencia del Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

ANEXOS

Extractos - Doctrina CNSC:

1. Tema: Dimensiones y alcance de la figura del encargo en empleos de carrera. Concepto emitido bajo radicado 29398 de 2008, por el Despacho de la entonces Comisionada Dra. Luz Patricia Trujillo Marín.

“(…) 2.- Dimensiones y alcance de la figura del encargo en empleos de carrera:

*Si bien es cierto, la figura del encargo está definida en la normatividad actual como un **derecho** radicado en cabeza del empleado de carrera administrativa, a fin de ejercer transitoriamente un empleo de carrera superior al que ejerce como titular, también lo es que, dicha figura comporta una derecho de la administración en cuanto le faculta para efectuar una provisión expedita ante la vacancia de un empleo del Estado que, no en pocas ocasiones, resulta de vital importancia para el cumplimiento de sus fines.*

En efecto, debe tenerse en cuenta que la dimensión del encargo como derecho se proyecta en dos sentidos, como derecho preferencial para los empleados de carrera y como facultad de provisión inmediata para la administración, especialmente, cuando por razones del servicio se requiere la continuidad en el ejercicio de las funciones asignadas al empleo vacante.

Examinado el texto del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, se constata que el derecho del empleado de carrera a ser encargado de un empleo de la misma naturaleza, se contrae a que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad y que reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De lo contrario, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior. El encargo resulta ser así, una de las prerrogativas más importantes que otorga la carrera administrativa a los empleados inscritos en ella para efectos de la provisión de dichos cargos, al punto que en caso de inconformidad frente a su aplicación o inaplicación, la ley otorga instrumentos de reclamación a los empleados de carrera presuntamente afectados, a efectos de que, en doble instancia, se dirima si existió o no vulneración de su derecho.

Por su parte, el derecho de la Administración en relación con el encargo se circunscribe a la facultad que tiene el nominador para hacer uso de dicha figura cuando la necesidad del servicio así lo demande, para efectos de la correcta prestación del mismo.

Sin embargo, como quiera que todo derecho detenta un deber correlativo que lo sustenta³¹, es preciso señalar que la aplicación de la figura del encargo también supone el cumplimiento de unos deberes.

*Así pues, frente al **derecho** preferencial del empleado de carrera, se contraponen el **deber** de la administración de tenerlo en cuenta al momento de seleccionar el candidato a encargar y,*

³¹ Al respecto, es pertinente citar parte del preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948) “*Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.*”

además, el **deber** de verificar el cumplimiento, por parte de los aspirantes, de todos y cada uno de los requisitos establecidos en la normatividad para tal efecto, condición ésta que también constituye un **deber** para los empleados de carrera que aspiran a ser encargados del empleo, especialmente, en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos, aptitudes y habilidades para el desempeño del empleo.

En este punto, es imprescindible recordar que el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, dispone:

*“En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración **sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo** o la celebración del contrato, **se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.** [Nota Jurisprudencial. El inciso primero de este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 672 de 2001.]*

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años. [Nota Jurisprudencial. El inciso segundo de este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 631 de 1996, “bajo el entendido de que la inhabilitación allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario.”]

*Lo anterior, encuentra respaldo, además, en lo preceptuado en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), que señala como **deber** del servidor público, “Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo.” En concordancia con ello, el artículo 35 *ibídem*, dispone entre otras prohibiciones:*

“Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.”

Es claro entonces, que cuando con el nombramiento de un empleado se infringen los mandatos normativos concernientes al cumplimiento de requisitos para el desempeño de empleos públicos, la presunta irregularidad podrá acarrear sanciones tanto para quien asume el empleo bajo esas condiciones como para quienes fueron responsables en la entidad nominadora de verificar el cumplimiento de tales requisitos. Lo anterior implica de suyo, que ninguna persona está obligada a aceptar un nombramiento o encargo en un empleo respecto del cual no reúne los requisitos.

*Ahora bien, al **derecho** de la administración de hacer uso de la figura del encargo con el fin de preservar la continuidad del servicio se contrapone, en principio, el **deber** del empleado de carrera capacitado e idóneo de corresponder a la designación y ejercer el cargo vacante en el mejor de los términos.*

Sin embargo, en consideración de este Despacho el ejercicio de ese derecho o facultad por parte de la administración no puede desconocer los principios, valores, garantías y derechos consagrados en la Constitución, de manera que, aún cuando legítimamente el nominador puede designar unilateralmente al funcionario sobre el cual recaería el encargo (siempre y cuando cumpla con los requisitos), tal facultad no es ilimitada y, por ello no puede traducirse en una restricción desproporcionada o inequitativa del derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales consagrado en el artículo 26 de la Carta.

Téngase en cuenta, que en Sentencia C-606 de 1992 la Corte Constitucional manifestó que el derecho a escoger profesión u oficio es una derivación directa del derecho al trabajo y por tanto

la reglamentación a que está sujeto debe asegurar el máximo de libertad e igualdad real de los individuos.

Así las cosas, como toda decisión de la administración, la nominación de un empleado para ser encargado en un empleo vacante, debe atender los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que demanda los propios derechos del empleado, esto es, para el caso, sin desconocer el derecho que tiene el empleado designado a decidir sobre el ejercicio de su profesión u oficio o, en otros eventos, sin menoscabar las condiciones laborales del empleado.

Respecto al principio de la proporcionalidad, de cara al ejercicio de los derechos propios, la Corte manifestó:

*“En este proceso de armonización concreta de los derechos, el **principio de proporcionalidad**, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.”³²*

El último aspecto indicado, excluye por definición la arbitrariedad y toda forma de presión del nominador que pueda llegar a vulnerar las precitadas expresiones del derecho al trabajo del empleado de carrera.

Lo anterior sin embargo no implica que, ante la inminente y grave paralización de un servicio público esencial por causa de la vacancia inoportuna de un empleo, el empleado de carrera idóneo y cumplidor de los requerimientos legales para el ejercicio del empleo, se encuentre justificado para no asumir temporalmente el empleo vacante, pues es claro que el principio de razonabilidad y proporcionalidad no es ajeno a los deberes del funcionario.

Así por ejemplo, en principio, no resulta razonable ni proporcional que ante la vacancia de un empleo de carrera vital para el desarrollo y continuidad de un servicio esencial como el de la salud, un empleado de carrera competente se rehúse a ejercerlo por encargo, pues en condiciones normales, sería llamado a prevalecer el derecho a la continuidad del servicio público en aras de proteger un interés general superior y, los derechos subjetivos de los usuarios del sector. Por el contrario, en condiciones “anormales”, como por ejemplo, cuando el encargo conlleva el establecimiento de condiciones desfavorables para el empleado o que implican la vulneración de sus derechos fundamentales, la razonabilidad y proporcionalidad del deber de asumirlo varían a su favor, pues nadie está obligado a asumir riesgos o cargas no justificadas.

Frente al tema de la proporcionalidad y razonabilidad en la modificación de condiciones laborales, la Corte Constitucional en Sentencia T-584/98, manifestó:

“Cuando se produce un cambio o modificación de las condiciones laborales, es importante que quede claro que éstas pueden realizarse siempre y cuando se ajusten a los mandatos jurídicos vigentes y no lesionen los derechos fundamentales de los subordinados obligados, con el consecuente deber de acatarlas, en la medida en que se encuentren encaminadas al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. No obstante, si lo ordenado por el superior

³² Sentencia No. T-425/95.

altera la finalidad de la función pública o dificulta su realización, configurando un exceso en su contenido en lo referente a la potestad para emitirla, y, adicionalmente, implica una desmejora en las condiciones laborales, sociales o humanas de quien recibe la instrucción, con violación de su dignidad humana y de sus derechos fundamentales, principalmente el trabajo, como también a la igualdad, entre otros, la orden puede tornarse en inconstitucional, susceptible del ejercicio de la acción de tutela, en forma definitiva o transitoria, una vez examinada la situación concreta, siempre que para ello no existan otros medios judiciales de defensa.”

Se aclara que en dicha sentencia se examinó en sede de tutela, la renuencia del demandante para cumplir con las órdenes impartidas por su superior, el rector del Colegio Nacional Francisco José de Caldas, de Santa Rosa de Cabal, encaminadas a la prestación del servicio de vigilancia de ese plantel educativo para la seguridad de los bienes que allí se encuentran, en compañía de dos perros de alta agresividad y feroces que ponen en peligro sus derechos fundamentales. (...)

De los presupuestos anteriormente expuestos se colige que la orden ha sido impartida y ejecutada en ejercicio de atribuciones legales otorgadas al Rector del establecimiento educativo accionado, no obstante que, para el destinatario de la misma, el contenido de la orden no se adecua claramente a las funciones que ordinariamente debe realizar, salvo en lo que respecta a la alimentación y cuidado de los animales mencionados.

*Además, las razones aducidas por el Rector para redistribuir funciones dentro del personal del colegio, asignando las de celaduría a auxiliares de servicios generales, en virtud de la falta de personal de vigilancia, no son suficientes para justificar el encargo que debía cumplir el accionante, si en lo posible, **el mismo gobierno escolar no le brindaba simultáneamente las garantías necesarias para realizarlo, así como la preparación acorde con dicha finalidad, para asumir un riesgo adicional a las funciones que le correspondía desempeñar.***

Lo anterior, por cuanto la función de vigilancia acarrea un riesgo intrínseco, sumado al hecho de que, de los testimonios recaudados por el juez de tutela en la primera instancia, se deduce que los semovientes presentaban una conducta agresiva en el tiempo, con ataques tanto a personas extrañas (fl. 12 y 17), como a vigilantes del colegio (fls.10 y 13) y que, además, no contaban con un adiestramiento acorde con su bravura y con la actividad especial para la cual se destinaron.

En efecto, la exigencia al trabajador para la prestación del servicio en las condiciones anotadas, encaminadas desde luego a la seguridad y mantenimiento de los bienes del colegio, implican un alto riesgo para su integridad física, que produce un cambio en las condiciones para las cuales había sido inicialmente vinculado al servicio estatal, sin procurar una reducción de los peligros que la misma conlleva, no resultando razonable ni proporcional a los fines que con dicha actividad de vigilancia se pretenden; ya que, para defender los bienes estatales se amenazan los derechos del servidor, a quien el Estado está en la obligación de proteger.

Desde esta perspectiva, resulta pertinente reiterar que para que se configure la hipótesis jurídica de la amenaza de los derechos fundamentales se requiere, según jurisprudencia de esta Corporación³³, la confluencia de elementos tanto subjetivos -convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro- como objetivos -condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro-; igualmente, la amenaza debe presentarse como una violación inminente, respecto de la cual se requiere de la función protectora del respectivo juez.”

³³ Ver entre otras Sentencias T-308/93, T-349/93 y T-479/93.

Así las cosas, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se da el encargo, determinan, en un momento específico, el grado o nivel de compromiso laboral al que debe someterse el empleado. Se debe así, en cada caso particular atender las circunstancias objetivas que lo informan, con el fin de nivelar el alcance de los derechos y los deberes de los sujetos implicados, al punto más ajustado a los principios constitucionales.

La labor jurídica está entonces, en lograr la delimitación proporcional y racional de los bienes jurídicos en conflicto mediante su armonización en la situación concreta, esto es para el caso, el derecho de la administración y los administrados a la continuidad en la prestación de un servicio (que se ve, por ejemplo, amenazado ante la vacancia de un empleo) Vs., el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales de quien es designado para ejercer el empleo vacante.”

2. Tema: Improcedencia de otorgamiento de encargo de empleo de carrera a servidores que están nombrados con carácter provisional.

- Concepto emitido en respuesta a la consulta radicada bajo No. 24282 de 2008, por el Despacho de la entonces Comisionada Dra. Luz Patricia Trujillo Marín.

“(…) En atención a su comunicación en la cual consulta de “Si es viable el encargo de funciones de un cargo de carrera a un funcionario en provisionalidad? ¿Al aceptar un funcionario en provisionalidad un encargo de funciones de un cargo de carrera, puede perder la provisionalidad del cargo inicial? ¿Se puede encargar a un funcionario en provisionalidad de las funciones de la comisaría de familia (cargo de carrera) cuando el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006 que establece la competencia subsidiaria, ordena que en ausencia del comisario de familia las funciones asignadas a este le corresponderán al inspector de policía, y cuando, el inciso 2 del parágrafo 2 del art. 7 del Decreto 4840 de 2007, establece que se entiende que no hay comisario de familia en los municipios en los cuales no se ha designado el funcionario entre otros.”, este Despacho se permite efectuar las siguientes consideraciones en torno al tema de la figura del encargo y de la asignación de funciones, dado que de su comunicación se desprende que usted mezcla los dos conceptos (que son diferentes), al consultar sobre el “encargo de funciones”.

Cabe precisar sin embargo, que en lo que toca al tema de asignación de funciones la Comisión se limitará a esbozar una serie de consideraciones jurisprudenciales a título de mera orientación, pues no es competencia de la entidad pronunciarse sobre la materia.

- Consideraciones en torno a la figura del encargo:

La facultad para proveer mediante encargo los empleos en las entidades y organismos del Estado corresponde al respectivo nominador, quien toma la decisión según las necesidades del servicio y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, según el cual, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente.

El encargo deberá recaer en un empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando, reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Al analizar lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, observamos que el derecho preferencial a ser nombrado en encargo es un privilegio consagrado a favor del empleado de carrera dentro de las condiciones que la misma disposición prevé y, **excluye a los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad para acceder mediante esta figura a un empleo de carrera administrativa.**

Luego, contestando las tres preguntas que integran su consulta, se tiene que, **los funcionarios vinculados en calidad de provisionales no pueden ser encargados de otros empleos de carrera y, sólo podrán ocuparlos, ante una eventual vacancia, como titulares si superan el concurso de méritos respectivo o en provisionalidad, previo cumplimiento de los requisitos correspondientes, entre los que se encuentra la expedición de autorización por parte de esta Comisión si se trata de una vacante definitiva y no existiere empleado de carrera con derecho preferencial a encargo que cumpla los requisitos para que se le otorgue del mismo. (...)**

- Concepto emitido bajo radicado de salida 49541 del 20 de diciembre de 2012, en respuesta a consulta radicada bajo No. 57200 de 2012. Despacho de origen: Dr. Jorge Alberto García García.

En atención a su comunicación en la cual refiere que “Un funcionario inscrito en Carrera Administrativa en el cargo de Inspector de Policía, actualmente y desde hace 101 días viene incapacitado, en virtud de lo anterior se ha recurrido a dejar en encargo a un funcionario que está en nombramiento en provisionalidad como Profesional Universitario”, razón por la cual consulta:

1. Ha sido acertada la decisión de encargar al Profesional Universitario para el cumplimiento de funciones como Inspector de Policía, teniendo en cuenta que es una planta de personal global, que se le ha respetado su vinculación, nomenclatura y nivel?
2. En el evento de que el titular siga persistiendo en su incapacidad, se puede seguir dejando en encargo al mismo funcionario que ha venido cumpliendo estas funciones, sin importar que es del nivel profesional y que está en nombramiento provisional?

Le indico:

La facultad para proveer mediante encargo los empleos en las entidades y organismos del Estado corresponde al respectivo nominador, quien toma la decisión según las necesidades del servicio y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, según el cual, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente.

El encargo deberá recaer en un empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando, reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. Cabe precisar, que esta Comisión solamente es competente para autorizar los encargos en los casos que determine la ley, **pero no tiene injerencia alguna en la escogencia del empleado público objeto del respectivo encargo.**

Al analizar lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, observamos que el derecho preferencial a ser nombrado en encargo es un privilegio consagrado a favor del empleado de carrera dentro de las condiciones que la misma disposición prevé y, **excluye a los servidores**

vinculados a través de nombramientos en provisionalidad para acceder mediante esta figura a un empleo de carrera administrativa.

Luego, contestando las dos preguntas que integran su consulta, se tiene que, **los servidores vinculados en calidad de provisionales no pueden ser encargados de otros empleos de carrera. (...)**"

3. Tema: Improcedencia de otorgamiento de encargo a personal vinculado mediante contrato de trabajo.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 12587 del 10 de abril de 2013, en respuesta a consulta radicada bajo No. 10363 de 2013. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Carlos Humberto Moreno Bermúdez.

"(...) la Circular 05 de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil dispone;

"TITULO 2.

FORMAS DE PROVISIÓN TRANSITORIA

Especificidades en su autorización y aplicación.

1.1 ENCARGO COMO DERECHO PREFERENCIAL. (...)

ALCANCE. Derecho Preferencial que otorga la carrera a sus titulares, al tenor de lo señalado en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y 9 del Decreto 1227 de 2005. El encargo como medio de provisión transitoria de los empleos de carrera en vacancia definitiva o temporal, **constituye un derecho preferencial de los servidores de carrera.**

De la anterior premisa de deriva que:

a. El encargo en empleos de carrera sólo es predicable respecto de servidores titulares de derechos de carrera. **Dicho derecho en ningún caso se extiende a servidores nombrados en provisionalidad o empleos de otra naturaleza.** Negrillas Propias.

b. (...)"

Como se puede apreciar, no es posible a la luz de la normatividad que regula la figura del encargo, que esta situación administrativa recaiga sobre un trabajador que tenga otro tipo de vinculación, como el contrato de trabajo, de acuerdo a la situación consultada."

4. Tema: Improcedencia de otorgamiento de encargo a empleado de carrera para ejercer empleo de carácter temporal.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 50257 del 27 de diciembre de 2012, en respuesta a consulta radicada bajo No. 56283 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

"(...)

Naturaleza y provisión del empleo temporal.

Conforme al último inciso del artículo primero de la Ley 909 de 2004, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.**

Dichos empleos deberán ser creados y provistos en los términos y condiciones del artículo 21 *ibídem*, así:

“Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.³⁴
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada.
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales.
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”³⁵

Por otra parte, si bien, la provisión de empleos temporales debe hacerse con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos permanentes (Art. 21 de la Ley 909 de 2004), dicha situación no equipara tales empleos con los de carrera administrativa, respecto de los cuales surge, entre otros aspectos, el derecho preferencial de encargo y la competencia de esta Comisión.

(...)

PREGUNTAS Y RESPUESTAS.

Primera pregunta: Las diferentes entidades públicas con el régimen de la ley 909 de 2004, están creando empleos temporales ¿existe la viabilidad de otorgar una Situación Administrativa en Comisión o en Encargo, con una persona que se encuentra vinculada en carrera administrativa bajo la norma *ibídem*?

³⁴ En Sentencia C-422 de 2012, la Corte Constitucional consideró que el inciso segundo del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, que hace referencia a la figura de los supernumerarios, ha sido derogado tácitamente por el literal a) del numeral 1° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, razón la cual la Corte se declaró inhibida de pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicho inciso, por sustracción de materia.

³⁵ Reglamentado en el Capítulo 1° del Título 1° del Decreto 1227 de 2005.

Respuesta: Teniendo en cuenta que los empleos temporales no constituyen empleos de carrera administrativa ni de libre nombramiento y remoción, no es procedente el otorgamiento de encargos para su provisión transitoria con empleados de carrera.

En igual sentido, al contrastar los supuestos fácticos de su consulta con los supuestos normativos en que se fundamenta la figura de la comisión, en sus cuatro modalidades, no se observa que esta sea aplicable en tratándose del ejercicio de empleos temporales.

Segunda solicitud: Se aclare por qué se puede otorgar una Situación Administrativa en Comisión en un empleo temporal y en Encargo en un empleo temporal no.

Respuesta: Si bien en el concepto emitido por esta Comisión en el año 2005, el cual usted bien refiere en su escrito, bajo radicado 004377 del 17 de noviembre de 2005, se indicó que era posible el otorgamiento de comisión a un empleado para el desempeño de un empleo temporal, bajo el argumento de que si bien no se encontraba norma que así lo estableciera o permitiera, tampoco existe alguna que lo prohíba, dicha posición fue revaluada posteriormente, en tanto desconocía el principio de responsabilidad y el marco de actuación de los servidores públicos.

En punto al tema, resulta esencial recordar que el ámbito de responsabilidad de los empleados públicos a diferencia del particular, impone que sus actuación estén previamente reguladas, de manera que, mientras el particular tiene la libertad de hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido, el servidor público sólo puede hacer lo que esté expresamente permitido.

Se tiene así, que la administración pública no tiene una competencia discrecional para fijar las reglas en el proceso de provisión de los empleos, máxime si como en el caso de los empleos temporales, su creación se justifica, en razón de facilitarle a la administración el cumplimiento de funciones que no puede ejecutar el personal de planta, desarrollar proyectos de duración determinada, suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, y desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración no mayor a doce meses, relacionada con el objeto y naturaleza de la institución.

En virtud de lo expuesto, le informo que no es posible conceder comisión alguna a un empleado de carrera para el ejercicio de un empleo temporal. (...)"

5. Tema: El derecho a encargo corresponde a todos los empleados titulares de derechos de carrera administrativa tanto del sistema general como de los específicos.

- Concepto Unificador, aprobado en Comisión del 26 de agosto de 2008, emitido en respuesta a consulta radicada bajo No. 22821 de 2008. Concepto emitido por el Despacho de la Dra. Luz Patricia Trujillo Marín, Comisionada para la época de expedición del concepto.

"(...) La forma de provisión de vacantes en las Superintendencias, se encuentra regulada por el Decreto 775 de 2005, el cual en su artículo 10° faculta a los Superintendentes para proveer los cargos del sistema específico de carrera administrativa de las superintendencias, de acuerdo con las formas de provisión de empleos establecidas en el mismo.

Acorde con ello, el artículo 11 ibídem, dispone que:

"En caso de vacancia temporal o definitiva de un cargo y mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos del sistema específico de carrera administrativa de las superintendencias, el Superintendente podrá:

11.1. Asignar temporalmente las funciones a otros empleados que reúnan los requisitos para el cargo.

11.2. Encargar del empleo a un servidor de la respectiva Superintendencia, o nombrar provisionalmente.” (La negrilla es nuestra)

A su turno, el artículo 12 lb., señala:

“El nombramiento provisional y el encargo son excepcionales. Los cargos de carrera podrán ser provistos mediante encargo o nombramiento provisional únicamente cuando se haya abierto la convocatoria respectiva o mientras dura la vacancia temporal, según el caso. (...)”

De otra parte el Decreto 2929 de 2005, reglamentario del Decreto Ley 775 de 2005, establece:

“ARTÍCULO 2º. Encargos y nombramientos provisionales. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos del sistema específico de carrera, el superintendente podrá efectuar encargos o nombramientos provisionales de conformidad con lo establecido en el Decreto-ley 775 de 2005.

De manera excepcional el superintendente podrá efectuar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, por estrictas necesidades del servicio expresamente justificadas en el respectivo acto administrativo. En este evento el encargo o el nombramiento provisional no podrá, en ningún caso, superar el término de ocho (8) meses, período dentro del cual se deberá convocar a concurso para la provisión definitiva del empleo.

El Superintendente podrá efectuar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la superintendencia. En un término no mayor de 12 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la planta, deberá convocarse a concurso para la provisión definitiva de dichos cargos.”

Así las cosas, es claro que a la luz de las normas especiales dispuestas para el caso de las superintendencias, en caso de vacancia temporal o definitiva de un cargo y, mientras se surte el proceso de selección respectivo, el Superintendente podrá: (i) Asignar temporalmente las funciones a otros empleados que reúnan los requisitos para el cargo; (ii) Encargar del empleo a un servidor de la respectiva Superintendencia o (iii) Nombrar provisionalmente.³⁶

No obstante, si bien es cierto que por norma especial existen tales opciones en cabeza del Superintendente, también lo es que, el derecho a encargo constituye uno de los ejes esenciales del sistema de carrera administrativa que ha sido regulado por el legislador ordinario y, que se sobrepone a la dimensión específica y especial de ésta.

Recordemos, que los sistemas específicos de carrera administrativa, dentro de los cuales están los de las Superintendencias, son definidos en el artículo 4º de la ley 909 de 2004, como “aquellos que en razón a la singularidad y especificidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagrados en leyes diferentes a las que regulan la función pública”.

³⁶ Cabe señalar, que si se recurre a una interpretación sistemática del artículo 11 del Decreto 775 de 2005, se tiene que el orden de precedencia de las alternativas para proveer vacantes, concede prelación al concepto de encargo sobre el de nombramiento en provisionalidad.

Sobre dichos sistemas específicos, la jurisprudencia constitucional ha precisado que son, en principio, constitucionalmente admisibles, toda vez que su configuración e implementación hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente, la carrera administrativa general.

Sin embargo, a la par que la Corte Constitucional ha justificado la existencia de dichos regímenes, también ha señalado precisos límites a la configuración legislativa de los mismos, en razón del respeto que debe existir por los principios y valores fundamentales que orientan el servicio público y, particularmente, la carrera administrativa. Así, en sentencia C-1230 de 2005 la Corte, expresó:

“...Acorde con los presupuestos que justifican la creación de los sistemas específicos de carrera, la Corte ha señalado que el ejercicio de la competencia legislativa en esa materia es reglada, en el sentido que la misma debe ejercerse de conformidad con los parámetros constitucionales que orientan el servicio público y, en particular, el régimen de la carrera. Así, reiterando la posición jurisprudencial, en la precitada Sentencia C-563 de 2000 esta Corporación sostuvo que para efectos de la configuración de los sistemas específicos de carrera, el legislador debe tener en cuenta, tanto la singularidad y especificidad de las funciones que corresponde cumplir a las distintas entidades estatales, como los principios básicos que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.

Sobre el particular, explicó la Corporación que el diseño de los sistemas específicos de carrera debe estar amparado en un principio de razón suficiente, toda vez que **su regulación tiene que estar precedida de una juiciosa y cuidadosa evaluación acerca de la verdadera especialidad de las funciones que cumple el respectivo órgano o institución, de manera que se pueda garantizar, por una parte, que la inclusión en el ordenamiento jurídico de un nuevo sistema específico de carrera va a contribuir en forma efectiva y eficaz al cumplimiento y realización de las funciones que le han sido asignadas por la Constitución y la ley a la entidad beneficiaria del mismo, y por la otra, que no se van a reconocer diferencias de trato para ciertos sectores de servidores públicos que no se encuentren debidamente justificadas y que puedan degenerar en una violación del principio de igualdad de trato.** (El resaltado es nuestro)

De igual manera, la Corte ha destacado que los sistemas específicos de carrera son constitucionales en cuanto **respeten los principios básicos que orienta el régimen de carrera general**, esto es, en la medida en que en ellos se “establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio **y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general**”³⁷ (la negrilla es agregada)

La Corte también ha sido clara al manifestar, que dichos sistemas aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, **no tienen identidad propia**, es decir, **no son considerados por ese sólo hecho como regímenes autónomos e independientes.**

Al respecto, ha precisado la Alta Corporación, que los sistemas específicos “...son en realidad una derivación del régimen general de carrera en cuanto que, debiendo seguir sus

³⁷ Sentencia C-563 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose en esos casos la expedición de una regulación complementaria más flexible, que permita armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades”.³⁸ (Resaltado deliberado)

Lo expuesto permite inferir que, los sistemas específicos de origen legal, se justifican en la singularidad y especificidad de las funciones que le hayan sido asignadas a una determinada entidad, debiéndose mantener en todo lo demás, los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia.

Luego, bajo el entendido de que la prerrogativa de encargo de los empleados de carrera constituye un derecho básico que informa la carrera administrativa, que además, en las actuales circunstancias, resulta ser el único que reivindica la razón de ser de la misma, pues no existen escenarios más idóneos para exaltar sus virtudes y estimular a los empleados cobijados en ella y, que no existe justificación legal amparada en un principio de razón suficiente para introducir diferencias en su aplicación dentro del sector de las superintendencias, la Comisión Nacional del Servicio Civil, atendiendo la posición constitucional de prevalencia de los principios básicos de la carrera, considera que el reconocimiento del derecho preferencial a encargo debe predicarse respecto de todas las Superintendencias.

En tal virtud, para proveer temporalmente los empleos del sistema específico de carrera administrativa de las Superintendencias, deberá agotarse la figura del encargo antes de entrar considerar la utilización de nombramientos en provisionalidad.

Tal posición consulta, el sentido natural y constitucional de la carrera administrativa como mecanismo de profesionalización y restablecimiento del mérito en el empleo público y, contribuye al reconocimiento y promoción de dicho sistema como medio y fin dentro del proceso de mejoramiento del Estado en la dimensión de prestación del servicio público.

El presente concepto, adoptado por unanimidad en sesión de Comisión del 26 de agosto de 2008, recoge y unifica todas las posiciones que sobre el tema se han producido en esta Comisión.”

- Concepto emitido bajo radicado de salida 46711 del 28 de noviembre de 2012, en respuesta a consulta radicada bajo No. 54342 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

“(…) En atención a escrito de la referencia, por medio del cual consulta “Por qué si el personal de carrera tiene la primera opción para grados en encargo en el Ministerio de Defensa no se respeta esto y la CNSC no hace nada al respecto”, le informo, lo siguiente:

1. Conforme la órbita de competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, establecida en el artículo 130 de la Constitución Política Nacional y desarrollada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 y, demás normas concordantes, la administración y vigilancia del sistema especial de carrera del personal no uniformado del sector defensa corresponden a esta Comisión.

2. Si bien, con base en las facultades otorgadas por el artículo 2 de la Ley 1033 de 2006, se expidió el Decreto 091 de 2007, “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”, la

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Comisión Nacional del Servicio Civil, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó varios apartes de dicho decreto, en especial, porque el mismo atribuía al Ministerio de Defensa y a la Comisión Administradora del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa funciones que constitucionalmente son de competencia privativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, excediendo por esta vía las facultades otorgadas.

Dicha demanda fue resuelta por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-753 de 08, declarando inexecutable los textos demandados, salvo el inciso primero del artículo 74 del Decreto 091 de 2007, el cual fue declarado executable de manera condicionada.

3. *En tal virtud, la carrera administrativa específica establecida para el personal no uniformado del Sector Defensa es administrada y vigilada por esta Comisión, lo cual en materia del derecho a encargo, implica que, a dicho sistema le son aplicables y exigibles las instrucciones que al respecto ha emitido esta autoridad.*

Así pues, debe tenerse en cuenta que para el año 2011, la Comisión expidió la Circular 09 de 20011, dirigida a los Representantes Legales y Unidades de Personal de entidades del sistema general de carrera y aquellas de los sistemas específicos a las que les aplican los principios generales de la carrera administrativa contenidos en la Ley 909 de 2004, “Por medio de la cual se impartió instrucción en materia de provisión transitoria de empleos de carrera a través de la figura de encargo y para el trámite de reclamaciones relacionadas”.

De igual manera, mediante Circular No. 005 del año en curso, que sustituyó la Circular 09 de 2011, dirigida los Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de entidades del Sistema General de Carrera, de los sistemas específicos y de los sistemas especiales a los que por orden de la Ley se les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004, se emitió “Instrucción en materia de provisión definitiva de empleos de carrera y trámite para la provisión transitoria como medida subsidiaria.”

4. *Por otra parte, es preciso señalar que, si algún empleado de carrera considera que se le violó su derecho preferencial a ser encargado en un empleo de carrera, podrá efectuar la reclamación ante la Comisión de Personal de la entidad. Si decidida la primera instancia, el interesado se encuentra inconforme con la misma, podrá activar la segunda instancia ante esta Comisión, atendiendo para tal efecto lo dispuesto en el Decreto 760 de 2005.*

En punto al tema se precisa que, verificadas nuestras bases de datos, no existen reclamaciones por derecho preferencial a encargo de dicho sistema de carrera, pendientes de resolver.

5. *Finalmente, le informo que en ejercicio de la facultad de vigilancia la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, se encuentra presta a efectuar las verificaciones correspondientes y a adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar, sin que a la fecha estén pendientes por resolver actuaciones relacionadas con la presunta vulneración de derechos de carrera por derecho a encargo en el sistema específico del Sector Defensa. (...)*

6. Tema: Interposición de reclamación en segunda instancia por el derecho a encargo.

- Aparte sobre la oportunidad de interposición de reclamación en segunda instancia, contenido en la Resolución 3906 de 2012, decisión aprobada en Sala Plena de Comisión del 8 de noviembre de 2012.

(...)

REQUISITOS DE OPORTUNIDAD

El artículo 5° del Decreto 760 de 2005, señala:

“(...) Para ser tramitadas las reclamaciones deberán formularse dentro de los términos establecidos en el presente decreto y cumplir con cada uno de los requisitos señalados en el artículo anterior; de lo contrario se archivarán. (...)”

*Para el caso particular, teniendo en cuenta que el accionar de la señora **DIANA PATRICIA CHAVARRO ANDRADE**, es posterior al 2 de julio de 2012,³⁹ el término para interponer la reclamación por derecho a encargo, debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir de diez (10) días hábiles, conforme se explicó en el acápite de competencia de este proveído.*

Así las cosas, el servidor de carrera que considere afectado su derecho a encargo, cuenta con diez (10) días a partir de haberse producido la publicidad del acto presuntamente lesivo, para interponer reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal.

*Teniendo en cuenta que, en el caso particular, el acto lesivo se emitió el día 6 de julio de 2012, y le fue comunicado a la señora **DIANA PATRICIA CHAVARRO ANDRADE**, el 13 de julio de 2012, los diez (10) días para la interposición de la reclamación se cuentan a partir del día hábil siguiente en que se genera la publicidad (notificación, comunicación o publicación) correspondiente del acto presuntamente lesivo del derecho preferencial de carrera, siendo el décimo día hábil para la interposición oportuna de la reclamación en primera instancia el día 30 de julio de 2012.”*

- Aparte de instrucción emitida bajo radicado de salida 6075 del 15 de febrero de 2013, respecto al radicado de entrada No. 4939 de 2013. Despacho de origen: Dr. Jorge Alberto García García.

*“(...) El término para la interposición en oportunidad de las reclamaciones por derecho a encargo, establecido en el decreto 760 de 2005 y en otras disposiciones, ha sido modificado de cinco (5) a **diez (10) días hábiles**, conforme a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró en vigencia el 2 de julio de 2012.*

Dicho término se contabilizará, a partir del acaecimiento del acto lesivo, el cual puede estar determinado por la expedición del acto de provisión por encargo de otro servidor con menos derecho o que incumple requisitos, o nombramiento en provisionalidad existiendo servidor de carrera con derecho a encargo, etc.

*- Conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Decreto 760 de 2005, las Comisiones de Personal deben resolver las reclamaciones de primera instancia a través de **actos administrativos** motivados y emitidos con base en las pruebas aportadas o recaudadas. Esto conlleva a la expedición de actos propios de la comisión de personal, que deben ser suscritos por quien tiene la competencia para el efecto, según el reglamento adoptado, lo cual por regla general recae en el presidente de la misma.*

Teniendo en cuenta que se trata de la decisión de un órgano paritario, que debe pronunciarse de manera objetiva e imparcial, no deben generarse equívocos dejando a cargo del jefe de talento humano (que no es miembro de la Comisión y hace parte de la administración), la

³⁹ Fecha en que entró en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme al artículo 308 de la Ley 1437 de 2011.

suscripción de la decisión, mediante la expedición de un memorando, en el cual además, se hace referencia a situaciones administrativas que no son del resorte de la reclamación.

La suscripción del acto que decida las reclamaciones, se debe hacer a nombre de la Comisión de Personal, en virtud de lo cual la suscripción del acto es cualificada y no puede quedar a cargo de quien no tiene la competencia para expresarse por la Comisión (conformada por cuatro miembros, uno de los cuales hace las veces de presidente).

El acto administrativo que decide la instancia de reclamación debe referirse exclusivamente a la reclamación impetrada y no puede tomarse como una oportunidad para la administración para comunicar o señalar temas que no son propios de la Comisión de Personal.

Corolario de lo expuesto, no se observa que el memorando suscrito por la Subdirectora de Talento Humano del Ministerio de Transporte, con fecha 22 de enero de 2013, cumpla los presupuestos que la normatividad vigente ha definido para los actos administrativos que la Comisión de Personal debe expedir en ejercicio de la facultad de resolver la primera instancia de las reclamaciones interpuestas por el personal de carrera por efectos de sus derechos preferenciales.

- Así mismo, debe tenerse en cuenta que el acto que decide la reclamación debe señalar expresamente, la oportunidad de impugnación que procede contra el mismo, el término para interponerla (diez días) y que la misma se presenta ante la Comisión de Personal (conforme se dispuso en el artículo 46 del Acuerdo 140 de 2010).

De igual forma, es pertinente precisar que, a la luz del artículo 47 ibídem, “Si el escrito no cumple con los requisitos señalados en el artículo precedente, la Comisión de Personal debe rechazarlo de plano mediante auto. Por el contrario, verificado el cumplimiento de los requisitos legales, la Comisión de Personal la admitirá mediante auto y concederá en el efecto suspensivo. De esta decisión se comunicará a las partes interesadas. La reclamación, el auto que lo admite y el expediente respectivo debidamente foliado serán remitidos a la Comisión Nacional del servicio Civil, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de admisión.”

7. Tema: El encargo se predica respecto de empleos de superior jerarquía.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 9103 del 9 de marzo de 2013, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 8151 de 2013. Emitido por el Despacho del Comisionado Jorge Alberto García García.

“(…) No obstante, le informo que la asignación básica que se percibe cuando se está encargado, es la correspondiente al empleo que se desempeña en calidad de encargo. Si en un determinado caso, el empleo del nivel técnico tuviese una asignación básica salarial superior a la del empleo de profesional en el que se pretende otorgar el encargo, es viable que el empleado de carrera se abstenga de recibir tal encargo, teniendo en cuenta que el mismo puede comportar un desmejoramiento de sus condiciones laborales. Sin embargo, no puede pasarse por alto, que en dicho caso existiría una distorsión en materia salarial, pues es inconcebible que un empleo de técnico tenga mejor compensación económica que uno del nivel profesional.

Finalmente, le indico que uno de los presupuestos a tener en cuenta para el otorgamiento de los encargos, es la situación jerárquica de los empleados de carrera, pues el encargo deberá recaer en el empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando, reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. Si es preciso proveer un empleo de carrera transitoriamente y

el empleado de carrera titular del empleo inmediatamente inferior, reúne todos los requisitos para acceder al empleo por encargo, sobre éste recaerá el mejor derecho y la administración no podrá reconocérselo al empleado que está en el grado inmediatamente inferior a éste, así cumpla en mejores condiciones los demás presupuestos establecidos para ser beneficiario del encargo, so pena de vulnerar las normas de carrera y las instrucciones impartidas por esta Comisión, conducta que es sancionable en los términos del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley 909 de 2004. (...)”

8. Tema: Reconocimiento del derecho a encargo respecto de servidores en condición de encargo en otro empleo.

- Concepto vigente, aprobado por esta Comisión en sesión del 21 de diciembre de 2007, emitido bajo radicado de salida 00743 del 21 de enero de 2008. Comisionado Ponente: Dr. Eduardo González Montoya.

“(...) Sea lo primero precisarle que mediante oficio No. 10635 del 15 de junio de 2006, éste Despacho se pronunció sobre el particular, en los siguientes términos:

En atención a su oficio del asunto, en el cual consulta el criterio de esta Comisión en relación con la obligación de un nominador de encargar en un empleo superior al funcionario con derechos de carrera administrativa que ya está disfrutando de esta situación administrativa, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a los derechos de carrera administrativa, específicamente para proveer los empleos, la Ley 909 de 2004, estipula:

"Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa y una vez convocado el respectivo concurso, [los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente.

(...)

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.

(...)”

Como puede observarse, para que resulten aplicables las normas transcritas, deben concurrir las siguientes condiciones:

- 1. Que se esté surtiendo un proceso de selección para proveer cargos de carrera, o en su defecto, que medie la correspondiente autorización de esta Comisión.*
- 2. Que se requiera proveer un cargo de carrera en forma temporal; y*
- 3. Que existan empleados de carrera que desempeñen cargos inmediatamente inferiores que acrediten los requisitos, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño que no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y que su última evaluación hubiese sido sobresaliente, quienes, en tal caso, tendrían derecho preferencial a ser encargados del empleo.*

4. De no existir empleados en las condiciones precitadas se deberán tener en cuenta los servidores del grado inmediatamente inferior que se encuentren en las mismas circunstancias y así sucesivamente.

En relación al derecho preferencial que tienen los empleados de carrera administrativa de ser encargados en otro empleo de superior jerarquía, es conveniente precisar que para cada empleado este derecho se agota cuando le es concedido un encargo y en consecuencia, la Administración no se encontraría en la obligación de otorgar uno nuevo a quien se encuentre disfrutando de este beneficio.

Lo anterior, por cuanto en una primera lectura se podría inferir que, tendría derecho a beneficiarse un empleado de carrera independientemente de la titularidad en que ejerza el cargo inmediatamente inferior al del empleo sujeto a encargo, sin embargo, de la propia exigencia de algunos requisitos para su otorgamiento, se evidencia claramente que el espíritu de la norma es que el derecho preferencial que tienen los empleados de carrera de ser encargados se agota con su primer otorgamiento.

A manera de ejemplo, en el caso del requisito de la evaluación del desempeño, se puede asegurar de manera clara el agotamiento del derecho preferencial, toda vez que durante el transcurso de esta situación administrativa, el servidor sólo se evalúa para unos efectos claros como lo son la concesión de incentivos, becas o comisiones de estudio (Artículo 80 Decreto 1227 de 2005). Es decir el artículo 24 de la ley 909 hace referencia a la evaluación del desempeño de quien esta como titular, y para él es este beneficio; en cambio el artículo 80 del precitado decreto trae un alcance diferente para aquel que se evalúa en calidad de encargado, por cuanto si bien también se le permite el beneficio, este se logra como incentivo, y no como derecho preferencial, con un condicionamiento adicional y es que en las propias normas de la entidad se tenga consignado este incentivo en particular, en desarrollo de lo establecido en el artículo 33 del decreto 1567 de 1998.

Por último, de conformidad con el numeral 4) de este oficio, se tiene que una vez agotada la preferencia de los encargos procedería aplicar lo señalado en la norma, es decir, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. De esta manera se garantiza el derecho a la igualdad de oportunidades que tienen los funcionarios de carrera administrativa de ejercer su derecho de ser encargados en empleos de superior jerarquía.

Ahora bien, si el encargo se otorga en desarrollo de un programa de estímulos e incentivos que haya adoptado la entidad, en este caso la administración podrá sin mirar el derecho preferencial, si el funcionario encargado podría acceder a ese encargo [como incentivo] y en los términos en que se encuentre contemplado el otorgamiento del mismo, como quiera que conforme al artículo 26 del Decreto 1567 de 1998, los programas de incentivos se orientan entre otras, a reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia.

En resumen, es criterio de este Despacho que el derecho preferencial que tienen los empleados de carrera de ser encargados se agota con el otorgamiento de un encargo y por ende la Administración no se encuentra en la obligación de conceder un nuevo encargo bajo esa modalidad al servidor que viene disfrutando de esta situación administrativa.”

Con relación al concepto precitado, este Despacho reitera el criterio en él expuesto. Sin embargo, debido a la situación coyuntural por la que atraviesa la carrera administrativa, que ha ocasionado que la figura excepcional del encargo se convierta ahora en la regla general y, consecuentemente, en gran parte de las entidades del Estado un número importante de servidores de carrera se encuentran en encargo, se considera necesario ampliar el criterio en el siguiente sentido:

Cuando deba proveerse una vacancia definitiva de manera temporal, la administración aplicará el procedimiento establecido en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario, teniendo en consideración los servidores de carrera administrativa frente al cargo del cual son titulares, más no del que desempeñan en encargo, es decir, sí es posible que un funcionario pueda ser encargado en un empleo, pese a que esté gozando actualmente de otro encargo, pero para ello, y en cumplimiento de la norma precitada, se ha de entender como referente que el empleo inmediatamente inferior, al que alude la norma, para el otorgamiento del nuevo encargo es necesariamente, el cargo del cual es titular de derechos de carrera administrativa, y no del que está ocupando en ese momento en encargo.

Con este planteamiento se procura prever la distorsión que permanentemente se presenta en la administración, donde funcionarios beneficiados con dos o más encargos en cadena, reclaman derechos bajo la norma en comento, en empleos de grados muy superiores respecto del cargo en el que les asisten los derechos de carrera, pero tomando como fundamento para su solicitud el empleo en el cual se encuentra encargado, cuando realmente la administración para otorgarlo lo debe hacer tomando como referencia, al aplicar el publicitado artículo 24 de la ley 909, el empleo que tiene con derechos de carrera, y así confrontarlo con todos los que en igualdad de condiciones reclaman ese derecho al encargo evitando en esta forma igualmente que la persona ocupe el empleo sin que ejerza las funciones respectivas, convirtiéndose, en muchos casos esta situación, en un aumento de remuneración sin el ejercicio y la responsabilidad que conllevan las funciones propias del encargo, desconociéndose, de paso, los derechos de otras personas con las competencias requeridas para el desempeño del mismo.

Sobre este aspecto, es preciso insistir en que el enfoque fundamental del encargo tiene como propósito primordial el mejoramiento del servicio, ligado a permitir que aquellos que gracias a la experiencia en actividades afines lo cumplan de manera temporal, y lo reciban como un reconocimiento a su condición de buen funcionario, de acuerdo con las condiciones señaladas en el multicitado artículo de la ley 909.

En síntesis, esta Comisión amplía la posición que ha venido sosteniendo respecto a los encargos, en el sentido de estimar que el funcionario que esté gozando de un encargo y que aspire a otro, podrá hacerlo en los términos del artículo 24 de ley 909, pero para ello se debe establecer el carácter del cargo inmediatamente inferior que señala dicha disposición, vale decir el cargo del cual es titular de derechos de carrera el aspirante y no el que viene ocupando en encargo, así ha de examinarse, y esto, entre otras razones, por cuanto la evaluación del desempeño en ese cargo es uno de los elementos que permiten el derecho al encargo.”⁴⁰

9. Tema: Se deben tener en cuenta estrictamente los requisitos del empleo de carrera dispuestos en el Manual de Funciones y Competencias Laborales vigente al momento de la provisión transitoria del empleo de carrera.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 19272 del 8 de mayo de 2012, en respuesta al radicado de entrada 21555 de 2012. Emitido por el Despacho del Comisionado Jorge Alberto García García.

“(…) La mencionada Circular, señala en el literal b) del numeral 3.2 que, para efecto de verificar el cumplimiento del perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo

⁴⁰ Este concepto emitido con ponencia del Dr. Eduardo González Montoya, Comisionado Nacional del Servicio Civil para la época, se puede consultar en la página web de la Comisión: www.cnsc.gov.co

los requisitos de estudio y experiencia, se debe atender lo dispuesto en el Manual de Funciones y Competencias Básicas vigente al momento de la provisión, lo cual resulta apenas lógico, si se tiene en cuenta que el mismo constituye el instrumento de administración de personal por medio del cual se establecen las funciones y las competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal de una entidad y **los requerimientos exigidos para el desempeño de los mismos.**

Así las cosas, los requisitos para el ejercicio del empleo, que se deben verificar al momento de agotar la aplicación de la figura de encargo, son los correspondientes al empleo vacante que se va a proveer por este medio, para lo cual se debe atender lo dispuesto en el manual específico de funciones y de competencias laborales.

Ello implica, que si el Manual de Funciones y Competencias Laborales, no precisa requisitos académicos del empleo según su ubicación, sino que estos son dispuestos de manera genérica y abierta (una lista de profesiones indiferentemente del lugar en donde se encuentren los empleos y sus funciones específicas), su provisión transitoria mediante encargo, se hará teniendo en cuenta los funcionarios de carrera que cumpliendo con los parámetros dispuestos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, acrediten cualquiera de las profesiones allí descritas.

Por otra parte, si el manual determina los requisitos del empleo según su ubicación, así mismo, se deberá establecer cuáles son los requisitos académicos del mismo.

En este punto, vale la pena indicar que aun cuando se trate de plantas de empleos globales, los empleos de una entidad se encuentran adscritos a un área o dependencia (distribución de empleos), hecho que debería determinar las competencias laborales⁴¹ que se exigen en el Manual de Funciones y Competencias Laborales, para el desempeño de los mismos.

En todo caso, se reitera que la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño de un empleo corresponde a la entidad empleadora en cabeza del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. (...)

- Concepto emitido bajo radicado de salida No. 26221 del 15 de junio de 2012, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 26317 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

“(…) La verificación del cumplimiento de las aptitudes y habilidades para el desempeño de los empleos, corresponde a las unidades de personal o a quien haga sus veces, las cuales deben conceptuar al respecto.

Los métodos que se usen para establecer el cumplimiento de dicho requisito, son del exclusivo resorte de la entidad. Lo anterior, sin perjuicio de que ante cualquier eventualidad que afecte la transparencia y confiabilidad del análisis, se puedan ejercer acciones de control, lo cual resulta factible, en la medida que dicha verificación debe ser motivada.

Se precisa sin embargo, que no es posible afirmar que quien cumple con los demás criterios legales establecidos para el otorgamiento del encargo, diferentes al requisito de aptitudes y habilidades, tiene un derecho constituido, pues para que ello ocurra es preciso que el funcionario cumpla con todas las exigencias descritas en la norma, esto es: a) Que el encargo recaiga en el empleado de carrera “que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior” al que se pretende proveer transitoriamente; b) Que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia; c) Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar, d) Que no tenga

⁴¹ Esta incluye los requisitos académicos y de experiencia.

sanción disciplinaria en el último año y, e) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente. (...)"

10. Tema: Concepto y valoración del cumplimiento del requisito de aptitudes y habilidades para el ejercicio de un empleo de carrera por encargo.

- Concepto emitido bajo radicado de salida No. 11130 del 22 de marzo de 2013, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 12385 de 2013. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

"(...) De la manera más atenta, le informo que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la consulta de la referencia ha sido remitida al Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP, teniendo en cuenta que en consideración de este Despacho dicha inquietud corresponde a un tema de la órbita de competencia de esa entidad, como quiera que a la misma le corresponde conceptuar sobre aspectos como la definición de términos propios del empleo público como son: la experiencia, los requisitos de estudio, las aptitudes y habilidades.

Debe tener en cuenta que si bien, la CNSC expidió la Circular 05 de 2012, en la que se emite instrucciones en materia de encargo, en especial sobre el procedimiento a seguir, dicha circular instructiva está concebida bajo los presupuestos jurídicos que el legislador adoptó para el otorgamiento de los encargos, a través de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, algunos de los cuales se refiere al cumplimiento de ciertos aspectos propios del ámbito del empleo público.

Ahora bien, en materia procedimental, debe advertirse que conforme a lo establecido en la Circular 05 de 2012, sólo si existen dos o más empleados de carrera, que ostentan derecho preferencial para el otorgamiento de encargo, se podrá realizar concurso, entre estos, sobre el aspecto de aptitudes y habilidades, lo cual sin embargo, no exime al servidor responsable de adelantar el procedimiento concerniente a la expedición del estudio de verificación.

Si existe un solo empleado que cumpla con todos los requisitos, no se puede realizar concurso respecto a dicho aspecto, sino que se debe comprobar y establecer dicha situación mediante concepto del jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces y continuar el trámite respectivo. Si no existe ningún empleado de carrera que cumpla con los requisitos, así debe quedar registrado en el estudio de verificación respectivo, en cuyo caso, luego de ser definitivo, se puede acudir a la figura de nombramiento en provisionalidad.

*En todo caso, no puede entenderse que la posibilidad de adelantar concurso en el caso previsto en la Circular 05 de 2012, implique la realización de procesos similares o iguales a los procesos de selección adelantados para la provisión definitiva de empleos de carrera, lo cuales gozan de una naturaleza, un objeto y una regulación ampliamente distinta, de lo que se deriva, que en el proceso para la provisión transitoria de empleos de carrera, no puede establecerse etapas de reclutamiento, pruebas y/o lista de elegibles como ocurre en aquel, así como tampoco puede acudirse a figuras como la de declaratoria de desierto de los procesos de selección por mérito.
(...)"⁴²*

11. Tema: La posibilidad de otorgamiento de encargo respecto de servidores que al momento de la provisión transitoria cuentan con calificación en el nivel destacado o satisfactorio.

⁴² Concepto suscrito por la Dra. Ana Esperanza Castro Jaimes, Asesora de Despacho.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 7887 del 22 de febrero de 2012, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 6329 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

*(...) En atención a su consulta de la referencia le informo que, cuando la Comisión, estableció en la Circular 09 de 2011, que “Para aquellos empleados de carrera que logren una calificación satisfactoria o destacada en la última evaluación del desempeño laboral, el encargo no se constituye en un derecho, sino en una posibilidad, es decir, es decisión discrecional del nominador de la entidad, conceder el encargo en dichos eventos, siempre y cuando no exista empleado de carrera con calificación sobresaliente (ordinaria o en período de prueba) y cumpla con los demás requisitos exigidos por la ley”, lo hizo bajo la comprensión de que, es benéfico para el sistema de carrera y coherente con sus principios, otorgar la **posibilidad** de que un empleado de carrera con evaluación del desempeño en el nivel satisfactorio o destacado,⁴³ sea tenido en cuenta para el ejercicio transitorio de un empleo de carrera, de manera que, la provisión no se limite, forzosamente, al nombramiento en provisionalidad de un sujeto que por obvias razones es ajeno a la carrera.*

*Así mismo, debe tenerse en cuenta que el contenido de la circular, es fruto de una lectura integral de normas que componen el sistema de carrera y, que, particularmente, el aparte al que hace alusión, surge de la misma ley, pues cuando el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, establece que “Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera **tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan...**”, se otorga al empleado de carrera la posibilidad de acceder al **encargo por derecho, es decir, por una prerrogativa de carácter preferente**, que se configura en cabeza del empleado cuando se cumplen todos y cada uno de los requisitos contemplados en dicha norma, lo cual, evidencia la **posibilidad subsidiaria**, es decir, ante la ausencia de empleado de carrera con derecho preferencial, de acceder al encargo.*

Dicha posibilidad, es a la que hace alusión el inciso 5, del literal e), numeral 3.2 de la Circular 09 de 2011, referido a la evaluación del desempeño, pues en ningún otro punto se consiente, un grado de cumplimiento diferente de los requisitos para acceder al encargo. Nótese sin embargo, que sea por derecho (previa acreditación de las condiciones del artículo 24, incluyendo la de tener evaluación del desempeño sobresaliente) o sea de manera potestativa (previa acreditación de tener evaluación del desempeño satisfactoria o destacada y bajo el cumplimiento absoluto de los demás criterios), el empleado cuenta con una calificación que lo determina apto para el servicio, lo cual, en tratándose de un empleado de carrera con evaluación del desempeño satisfactoria o destacada, lo coloca en una condición probada que justifica la posibilidad de que se opte por él por sobre quien se encuentra ajeno a la carrera.

Así mismo, no puede desconocerse la vigencia del artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, que señala que “Hay encargo cuando se designa temporalmente a 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”, lo cual sirve de soporte, junto con el artículo anterior, para evidenciar que existen dos posibilidades de acceder al encargo, como derecho y de manera potestativa, en los términos y condiciones revelados, por esta Comisión en su calidad de autoridad de administración y vigilancia de la carrera administrativa y, en especial, en materia de doctrina y consulta, en la Circular 09 de 2011.

⁴³ Empleado que, además, de presumirse apto para el servicio, conoce la entidad y su entorno laboral y, cuyo mérito ha sido probado a diferencia del provisional.

12. Tema: Encargo respecto de servidores que al momento de la provisión transitoria cuentan con evaluación en período de prueba en el nivel sobresaliente.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 25069 del 8 de junio de 2012, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 25769 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

*“(…) De esa manera, el encargo constituye un **derecho preferencial** para aquellos servidores de carrera que cumplan a cabalidad con los requisitos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y, una **posibilidad discrecional** que, a falta de aquellos, se podrá agotar respecto de los servidores de carrera que, sin tener evaluación del desempeño ordinaria y definitiva en el nivel sobresaliente, sino evaluación sobresaliente del período de prueba, cumplan con los demás requisitos exigidos en la norma.*

Como se observa, no se están imponiendo requisitos adicionales para la concesión del encargo como derecho preferencial y, por tanto, no existe contradicción, en relación con lo expuesto en el numeral 3.3. de la misma circular, en relación con la prohibición de exigir requisitos adicionales para la concesión del encargo como derecho.

*Lo que ha pretendido la Comisión con esta instrucción, es reconocer los ámbitos de aplicación de la figura de encargo, como derecho y como posibilidad, situación que en ningún momento vulnera el principio de igualdad de los empleados de carrera ni los fundamentos de la carrera misma, pues por el contrario dicha comprensión integral del sistema lo consolida y fortalece, en tanto, es benéfico para el sistema de carrera y coherente con sus principios, otorgar la **posibilidad** de que un empleado que ha ingresado recientemente a la carrera sea tenido en cuenta para el ejercicio transitorio de un empleo de carrera si tiene evaluación del período de prueba en el nivel sobresaliente y cumple con los restantes requisitos establecidos en la norma, de manera que, la provisión no se limite, forzosamente, al nombramiento en provisionalidad de un sujeto que por obvias razones es ajeno a la carrera.*

De otra forma, aquellos funcionarios que recién han accedido a la carrera y no cuentan con evaluación del desempeño ordinaria y definitiva en el nivel sobresaliente, tendrían un derecho menor frente a la provisión transitoria de los empleos de carrera que, aquellos que no pertenecen a la carrera.

Nótese además, que la instrucción no está encaminada a establecer una “prohibición expresa de excluir a los servidores que acaban de superar el período de prueba con calificación sobresaliente”, como lo sugieren los peticionarios, así como tampoco una prohibición de incluir, se trata simplemente de evidenciar, a través del ejercicio de la facultad instructora y doctrinaria que tiene esta Comisión, sobre la posibilidad que existe para este grupo de funcionarios de acceder a los encargos.

*Así mismo, debe tenerse en cuenta que el contenido de la circular, es fruto de una lectura integral de normas que componen el sistema de carrera y, que, particularmente, el precitado aparte, surge de la misma ley, pues cuando el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, establece que “Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera **tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan...**”, se otorga al empleado de carrera la posibilidad de acceder al **encargo por derecho, es decir, por una prerrogativa de carácter preferente**, que se configura en cabeza del empleado cuando se cumplen todos y cada uno de los requisitos contemplados en dicha norma, lo cual, de paso, evidencia una **posibilidad subsidiaria**, es decir, que ante la ausencia de empleado de carrera con derecho preferencial para acceder al encargo, se pueda tener en cuenta a quien acaba de obtener una evaluación del período de prueba en el nivel sobresaliente y cumple con los demás requisitos. (…)”*

13. Tema: Uso de las evaluaciones parciales para efectos de los encargos.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 13154 del 12 de abril de 2013, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 12031 de 2013. Concepto a cargo del Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

“(…) En el marco del proceso de evaluación y en consonancia con el Decreto 1227 de 2005, la CNSC a través del Acuerdo 137 de 2010, determina:

“Artículo 8º. Clases de evaluación: El Sistema Tipo incluye tres (3) clases de evaluación, así: Evaluaciones Definitivas, Evaluaciones Parciales Semestrales y Evaluaciones Parciales Eventuales. (…)

8.2. Evaluaciones parciales semestrales: Son aquellas que permiten evidenciar el porcentaje de avance en que se encuentra el servidor en relación con el cumplimiento de los compromisos fijados. Las evaluaciones parciales semestrales conforman la evaluación anual u ordinaria. (…)

El resultado obtenido durante cada semestre se evalúa de acuerdo con el porcentaje de avance fijado para los respectivos compromisos y proporcional con el tiempo establecido para su cumplimiento. (…)

Artículo 24º. Usos del resultado de la evaluación: El resultado de la evaluación del desempeño laboral deberá tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

- a) Adquirir los derechos de carrera
- b) Ascender en la carrera como resultado del período de prueba
- c) Otorgar incentivos pecuniarios y no pecuniarios
- d) Planificar la capacitación y la formación
- e) Determinar la permanencia en el servicio
- f) Acceder a encargos
- g) Otorgar comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período”. Subrayado fuera de texto.

Así mismo la precitada Ley, establece en materia de encargos:

“Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses”. (…) Subrayado fuera de texto.

*Al respecto, es pertinente señalar que en la actualidad el procedimiento que **deben** adelantar las entidades para el otorgamiento de encargos y provisión transitoria de empleos, se encuentra reglamentado a través de la **Circular 005 de 2012**, esto con el propósito de garantizar el derecho preferente de los empleados de carrera en la materia.*

Teniendo en cuenta las consideraciones previas, es necesario aclarar las apreciaciones expuestas por la entidad consultante, respecto del uso y finalidad de la evaluación efectuada en desarrollo del período de prueba ya que contrario a lo señalado, esta evaluación no avala proceso alguno de inscripción extraordinaria, mecanismo que adicionalmente no se encuentra contemplado en el marco normativo vigente. Al respecto, si bien la finalidad básica del período de prueba es el de determinar según el resultado, el acceso o el ascenso a la carrera

administrativa, los derechos derivados de ella cobijan la totalidad de elementos contenidos en el artículo 24 del Acuerdo 137 de 2010.⁴⁴

Así mismo, cabe anotar que las disposiciones del Acuerdo 138 de 2010 expedido por esta Comisión, prevén los mecanismos para la presentación de propuestas de adopción de sistemas propios de evaluación del desempeño, motivo por el cual y ante la consulta presentada no resulta aplicable para el caso consultado.

En lo relacionado con las evaluaciones parciales es pertinente señalar que por ser estas, actuaciones de trámite dentro del proceso de evaluación, las mismas no pueden ser tenidas en cuenta para los efectos previstos como resultado de las evaluaciones de carácter definitivo. En consecuencia, frente al segundo interrogante, no es procedente la utilización de ninguna evaluación de carácter parcial semestral o eventual, para el otorgamiento de encargos.

Frente a la posibilidad de otorgar encargos a funcionarios que hayan adquirido derechos de carrera como consecuencia de la superación del período de prueba, nos remitimos a la doctrina emitida por esta Comisión, como autoridad constitucional en la materia, mediante Radicado de salida No. 006404 del 5 de marzo de 2010, así:

“... si un funcionario supera el Período de prueba en el Nivel Sobresaliente, la obtención de un encargo no es un derecho, si no una posibilidad que es discrecional del nominador, al cumplir con dos de los requisitos contemplados en la norma: tener derechos de carrera, los cuales se obtienen al superar el período de prueba y que su última evaluación definitiva (Artículo 8º Acuerdo 137 de 2010) se encuentre en nivel sobresaliente”. Subrayado fuera de texto.

14. Tema: Uso de las evaluaciones correspondiente a los acuerdos de gestión para efectos de los encargos.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 11133 del 22 de marzo de 2013, en respuesta a la consulta formulada bajo radicado No. 11982 de 2013. Concepto a cargo del Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

“(...) De conformidad con su escrito la inquietud puntual radica en el uso de la Evaluación del Desempeño Laboral para servidores públicos en Comisión en un empleo de Libre Nombramiento y Remoción para efectos de otorgamiento de encargos, solicitando se le resuelvan los siguientes interrogantes:

-Cuando estos servidores públicos regresen a su empleo de carrera en titularidad para efectos del encargo y en cumplimiento del numeral 2.1.1. de la circular 005 de 2012, se podrá utilizar el resultado de los Acuerdos de gestión? ¿Cuál será la equivalencia con el nivel sobresaliente?

-En caso negativo se utilizará el último resultado de la evaluación del desempeño del servidor público? ¿qué mecanismos existen para garantizar la equidad en el procedimiento de encargos frente a este tipo de situaciones ya que este tipo de comisiones se otorgan a los servidores de carrera por mérito confianza y altos desempeños laborales?

Al respecto, es importante definir:

• La situación administrativa de la Comisión.

De conformidad con el artículo 75, del Decreto 1950 de 1973, el empleado se encuentra en comisión cuando por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones

⁴⁴ Concepto suscrito por la Dra. Edna Patricia Ortega C., Asesora del Despacho.

propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.

El artículo 76, del Decreto 1950 establece las clases de comisiones, así:

Las comisiones pueden ser:

- a. De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación, que interesen a la administración u que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.
- b. Para adelantar estudios.
- c. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en carrera administrativa, y
- d. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

Lo anterior significa, que la situación administrativa denominada COMISION, es el género y la de servicios o para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período, son especies, siendo diferentes cada una de ellas.

Habiéndose revisado los temas anteriores, es menester indicarle, que la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período de que trata el artículo 26, de la Ley 909 de 2004, es la única situación administrativa que le permite al servidor público con derechos de carrera conservar los mismos, cuando ésta se concede por parte del nominador, **antes de asumir** un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, para el cual ha sido designado, de conformidad con el artículo 42, de la Ley 909 de 2004.

• La situación administrativa de Encargo.

En el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, ha establecido los requisitos necesarios para otorgar un encargo a un servidor público que ostenta derechos de carrera, así:

“Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, **los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos 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 sea sobresaliente.** El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente....” Negrillas fuera del texto.

De otra parte en el Acuerdo 137 de 2010, se establecen los usos del resultado de la Evaluación.

“Artículo 24º. **USOS DEL RESULTADO DE LA EVALUACIÓN:** El resultado de la evaluación del desempeño laboral deberá tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

- a) Adquirir los derechos de carrera
- b) Ascender en la carrera como resultado del período de prueba
- c) Otorgar incentivos pecuniarios y no pecuniarios

- d) Planificar la capacitación y la formación
- e) Determinar la permanencia en el servicio
- f) Acceder a encargos
- g) Otorgar comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción”

1. RESPUESTA

Al tratarse de un servidor público que ostenta derechos de carrera administrativa, y se encuentra desempeñando un empleo de Libre Nombramiento y Remoción, a través de la figura de COMISIÓN, el cual de conformidad con el escrito radicado cuenta con evaluación de Acuerdos de gestión, le informo que este resultado obtenido NO se puede tener en cuenta para otorgar encargos, toda vez que el objetivo de estos se enfoca a implementar acciones de capacitación y desarrollo de los gerentes públicos con el fin de fortalecer las competencias gerenciales.⁴⁵

En relación con la posibilidad de otorgar el derecho de encargo con la última evaluación del desempeño laboral que se le haya adelantado al servidor público en comisión, es importante precisar que ésta debe corresponder al año inmediatamente anterior a la fecha de verificación de los requisitos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando no se le haya dado uso a ese resultado para el otorgamiento de la Comisión que se encontraba desempeñando.

Es decir, que si el último resultado obtenido corresponde a vigencias anteriores a la última, el servidor público en esta situación deberá acreditar los requisitos exigidos en la normatividad vigente y teniendo como referencia el cumplimiento de la Evaluación del desempeño laboral en el empleo de carrera del cual es titular, correspondiendo en todo caso al año inmediatamente anterior a la fecha de estudio para provisión del empleo objeto de encargo, teniendo como soporte la integralidad sistémica de la norma. (...)⁴⁶

15. Tema: Deber de realizar el estudio de verificación para el otorgamiento de encargo – Viabilidad de realizar concurso interno – improcedencia de utilizar concurso abierto. La postulación o manifestación de interés como requisito para acceder a los encargos.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 49540 del 20 de diciembre de 2012, en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 56139 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

“(…)En materia de concesión de encargos.

- La Circular 09 del 10 de octubre de 2011, fue derogada y sustituida integralmente por la Circular 05 de 2012, la cual entró a regir a partir del 1° de agosto de 2012.

- Ni en la Circular 09 del 10 de octubre de 2011, ni en la Circular 05 de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil, ha propuesto a las entidades, la realización de concursos, para evaluar el cumplimiento de los presupuestos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, para la provisión transitoria de empleos de carrera a través de la figura de encargo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para el otorgamiento de encargos, la norma ha establecido los requisitos de manera precisa y específica y, por tanto, no hay lugar a aplicar medios

⁴⁵ Decreto 1227 de 2005: “Artículo 101. Las acciones de capacitación y desarrollo de los gerentes públicos deberán establecerse a partir de la evaluación de los resultados de su gestión y orientarse a la identificación, definición y fortalecimiento de las competencias gerenciales.”

⁴⁶ Concepto suscrito por la Dra. Edna Patricia Ortega C., Asesora del Despacho.

diferentes de provisión, ni a utilizar mecanismos elaborados para la provisión definitiva de empleos de carrera.

En relación con ese punto, es indispensable señalar que la Circular 05 de 2012, hace referencia a la posibilidad de realizar concursos para el otorgamiento de encargos, en los siguientes términos:

“Cuando las entidades utilicen concursos para determinar sobre cual servidor con derecho preferencial recae el encargo (ante la existencia de pluralidad de servidores con derecho preferencial al encargo), estos únicamente podrá evaluar aptitudes y habilidades de quienes cumplen los requisitos dispuestos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior teniendo en cuenta que es requisito de procedibilidad para el otorgamiento del encargo, que la verificación se agote atendiendo la estructura jerárquica de empleos de carrera de manera descendente, es decir, considerando, prevalentemente, a quienes cumpliendo los requisitos para acceder al encargo, sean titulares del empleo más próximo al que se pretende proveer y, no a todos los servidores de carrera de la entidad, de manera indistinta y abierta. Por esa razón, para el otorgamiento de los encargos, no es procedente la aplicación de concursos abiertos.”

Así pues, el adelantamiento de concurso para el otorgamiento de encargos, solo procede ante la existencia de pluralidad de servidores con derecho preferencial al encargo (es decir titulares de derechos de carrera en el empleo inmediatamente inferior que cumplen todos los presupuestos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004), y únicamente puede versar en relación con el aspecto de las aptitudes y habilidades para el ejercicio del empleo.

En tal sentido, se reitera que sólo si existen dos o más empleados de carrera, que ostentan derecho preferencial para el otorgamiento de encargo, se podrá realizar concurso, entre estos, sobre el aspecto de aptitudes y habilidades, lo cual sin embargo, no exime al servidor responsable de adelantar el procedimiento concerniente a la expedición del estudio de verificación. Si existe un solo empleado que cumpla con todos los requisitos, no se puede realizar concurso, sino establecer dicha situación en el estudio de verificación, mediante concepto del jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces y continuar el trámite respectivo. Si no existe ningún empleado de carrera que cumpla con los requisitos, así debe quedar registrado en el estudio de verificación respectivo, en cuyo caso, luego de ser definitivo, se puede acudir a la figura de nombramiento en provisionalidad.

- Ahora bien, cuando las entidades aplican procedimientos de concurso abierto, es decir, llamando a todos los empleados titulares de derechos de carrera de la entidad, para que se postulen para la concesión de un determinado encargo, la entidad no determina sobre quien recae el derecho preferencial a encargo, sino que establece sobre quien de los empleados que, han manifestado interés, recae el mejor derecho, situación que otorga prevalencia a la manifestación de interés sobre el derecho mismo y por lo tanto no es aceptable.

Tal tipo de concursos, además, pretermite el requisito de que se verifique que el encargo recaiga en el empleado de carrera que sea titular del empleo inmediatamente inferior y que cumpla con todos los requisitos para el otorgamiento del encargo, pues en vez de proceder de esta manera, se hace un llamado abierto a todos los empleados de carrera sin distinción de su condición jerárquica, lo cual, coloca en igualdad de condiciones, tanto al empleado de carrera que está en el empleo inmediatamente inferior como al que está mucho más abajo, situación que distorsiona la metodología que ha establecido la propia Ley 909 de 2004, para el otorgamiento de los encargos.

Así mismo, dicho procedimiento amplía injustificadamente el espectro de aplicación del derecho a encargo, generando unas expectativas infundadas en relación con la provisión por encargo respecto de empleados que, de aplicarse el procedimiento tal como se encuentra descrito en la norma, muy posiblemente no tendrían tales posibilidades.

Otro elemento que es indispensable tener en cuenta, lo constituye el hecho de que la norma no prevé como requisito para llevar a cabo la verificación, que el empleado de carrera deba manifestar su interés respecto al encargo, en virtud de lo cual, se estaría adicionando, por esta vía, un requisito de procedibilidad no contemplado en las normas que rigen la materia.

- En ese mismo sentido, resulta inadmisibles, a la luz del derecho, que se establezcan pruebas de conocimiento o de cualquier otra categoría, para el otorgamiento de encargos, por parte de las administraciones, cuando no existe justificación normativa para ello, situación que, es aún más preocupante si se tiene en cuenta que en muchos casos, no sólo no se establecen reglas claras y previas, para su aplicación, sino que, además, las administraciones no se encuentran capacitadas para diseñar y aplicar las mismas.

A lo anterior, se suma que, tal alcance de evaluación del empleado titular de derechos de carrera para concederle la provisión transitoria de un empleo de carrera, constituiría una vulneración del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, pues mientras para el nombramiento en provisionalidad no se requiere más que el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del empleo, al titular de derechos de carrera, cuya idoneidad en el cargo inmediatamente inferior, se encuentra plenamente probada y que cumple con los requisitos del empleo, se le hacen exigencias superiores.

I. RESPUESTA:

Atendiendo las reflexiones precedentes, procedo a responder cada una de sus preguntas, así:

1. ¿Es legal que para surtir los empleos transitorios en la modalidad de encargo se utilice un procedimiento con la connotación de convocatoria pública, donde se enmarca:

- a) Aplicación de pruebas en competencia funcionales eliminatorias**
- b) Listas de elegibles**
- c) Declarar desierto aquellos empleos donde los servidores no superen la prueba;**

Respuesta: Si se trata de **empleos transitorios**, su provisión deberá llevarse a cabo con estricto apego a lo dispuesto en el numeral 3 del Artículo 21 de la Ley 909 de 2004, que señala: "El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos"

Se precisa, que tal tipo de provisión en ningún caso equipara tales empleos con los de carrera administrativa, respecto de los cuales surge, entre otros aspectos, el derecho preferencial de encargo y la competencia de esta Comisión.

Ahora bien, si se trata de la provisión transitoria de empleos de carrera, es pertinente señalar que la misma se encuentra establecida en la Ley 909 de 2004 (artículos 24, 25) y **difiere ampliamente de la provisión definitiva que se realiza a través de concursos de mérito.**

Así las cosas, siendo reglada la provisión transitoria de empleos de carrera, las entidades deberán ceñirse a las pautas señaladas en la Ley y en la Circular Instructiva expedida por esta Comisión, para el efecto.

En punto al tema, resulta esencial recordar que el ámbito de responsabilidad de los empleados públicos a diferencia del particular, impone que sus actuación estén previamente reguladas, de manera que mientras el particular tiene la libertad de hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido, el servidor público sólo puede hacer lo que esté expresamente permitido.

Se tiene así, que la administración pública no tiene una competencia discrecional para fijar las reglas en el proceso de provisión transitoria, máxime cuando se trata del reconocimiento del

derecho preferencial de encargo, que está debidamente reglado por las normas de carrera e instruido por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de las respectivas circulares emitidas.

2. “Es legal la utilización de dos pruebas; competencias funcionales y comportamentales, cuando las vacantes a proveer sean menos que los inscritos al respectivo proceso, con el fin de determinar cuál de los servidores que en igualdad de condiciones cumple los requisitos de la norma y tiene el mejor derecho para ser beneficiario.”

Respuesta: Al respecto, además de lo señalado en la respuesta precedente se reitera lo expuesto en el acápite considerativo, en el sentido que sólo si existen dos o más empleados de carrera, que ostentan derecho preferencial para el otorgamiento de encargo, se podrá realizar concurso, entre estos, sobre el aspecto de aptitudes y habilidades, lo cual sin embargo, no exime al servidor responsable de adelantar el procedimiento concerniente a la expedición del estudio de verificación. Si existe un solo empleado que cumpla con todos los requisitos, no se puede realizar concurso, sino establecer dicha situación en el estudio de verificación, mediante concepto del jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces y continuar el trámite respectivo. Si no existe ningún empleado de carrera que cumpla con los requisitos, así debe quedar registrado en el estudio de verificación respectivo, en cuyo caso, luego de ser definitivo, se puede acudir a la figura de nombramiento en provisionalidad.

3. ¿Es legal permitir la participación en la convocatoria de un servidor para nivel jerárquico superior del nivel superior permitido: ejemplo: un profesional universitario, puede aspirar a un profesional especializado, pero a la vez está en lista para líder de proyecto, con la limitante de que si pasare para el líder de proyecto no se le considerara en primera opción, porque la preferencia recaerá el que obstante (sic) el derecho preferencial del nivel jerárquico?

Respuesta: Conforme se ha indicado, la aplicación de concursos abiertos para el otorgamiento de encargos, pretermite el requisito de que se verifique que este recaiga en el empleado de carrera que sea titular del empleo inmediatamente inferior y que cumpla con todos los requisitos para el otorgamiento del encargo, pues el llamado abierto a todos los empleados de carrera sin distinción de su condición jerárquica, coloca en igualdad de condiciones, tanto al empleado de carrera que está en el empleo inmediatamente inferior como al que está mucho más abajo, situación que distorsiona la metodología que ha establecido la propia Ley 909 de 2004, para el otorgamiento de los encargos

4. Es legal declarar desierto un empleo para suplirlo a través de provisionalidad, cuando la ley 909 y la Circular 005 de la CNSC, a discrecional del nominador en cuanto al conceder el encargo aquellos servidores de carrera que logren una calificación satisfactoria o destacada en la última evaluación del desempeño laboral, esto solo procederá siempre y cuando no exista servidor de carrera con calificación sobresaliente y este cumpla con los demás requisitos exigidos por la Ley?

Respuesta: En primer lugar es preciso indicar que los empleos de carrera no se declaran desiertos, sino los concursos de mérito que se realizan para la provisión definitiva de estos.

En segundo lugar, es importante recalcar que el encargo será un derecho cuando el empleado de carrera, cumpla con todos los presupuestos previstos en la ley, entre los cuales se encuentra, el haber obtenido calificación sobresaliente en la última evaluación del desempeño.

Sólo en caso que no exista empleado de carrera que cumpla todos los presupuestos instituidos en el artículo 24 de la ley 909 de 2004, se podrá tener en cuenta a los funcionarios que cumpliendo los demás requisitos se encuentren en materia de evaluación del desempeño en el

nivel destacado o satisfactorio. Debe tenerse en cuenta que para aquellos servidores de carrera que logren una calificación satisfactoria o destacada en la última evaluación del desempeño laboral, el encargo no se constituye en un derecho sino decisión discrecional del nominador de la entidad.

Ahora bien, ante la ausencia de empleado de carrera con derecho a encargo (lo cual debe quedar consignado en el estudio de verificación), si el nominador decide no tener en cuenta a los empleados con evaluación del desempeño en el nivel destacado o satisfactorio, procederá la provisión transitoria a través de nombramiento en provisionalidad.

5. ¿Es legal que se inhíba a un servidor de carrera administrativa que cumple con los requisitos del artículo 24 de la ley 909 de 2004, pero que por alguna circunstancia no conforme (sic) la lista de elegibles, a la presentación de los cargos que resultaren vacantes y que el nominador resuelva ofertar, en los seis meses que dura dicha lista?

Respuesta: Se precisa que esta pregunta resulta muy ambigua, no obstante se reitera que el procedimiento para el otorgamiento de encargos se encuentra regulado en la Ley y en la instrucción que al respecto ha emitido esta Comisión mediante Circular 05 de 2012, normas en las cuales no se prevé el adelantamiento de un concurso de méritos conforme se aplica para la provisión definitiva de los empleos y, por consiguiente, tampoco se prevé la expedición de una lista de elegibles.

6. ¿Es legal que se convoque a concurso los servidores que acaban de superar el período de prueba sin darse el debido proceso con los servidores que cumplen con los requisitos exigidos para el encargo y que cumplen con la evaluación anual?

Respuesta: Teniendo en cuenta que para el otorgamiento de encargos, no se encuentra previsto un procedimiento de concurso,⁴⁷ no resulta admisible hablar de convocatoria y menos de una de tipo abierto, sino de un estudio de verificación, en el cual se deberán aplicar la metodología establecida en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y en la Circular instructiva 05 de 2012.

Así mismo, deberá tenerse en cuenta que cuando no exista servidor de carrera con derecho preferencial para ser encargado, las entidades podrán tener en cuenta a los servidores que acaban de superar el período de prueba, en cuyo caso el nivel sobresaliente se deberá predicar de la evaluación del período de prueba.

7. ¿Es legal que se convoque a una cantidad de servidores para la presentación de pruebas porque son posibles candidatos, sin agotar el debido procesos (sic) con los servidores que de acuerdo al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, cumplen con los requisitos para el encargo?

Respuesta: Se reitera que para el otorgamiento de encargos es necesario adelantar el procedimiento establecido en la Ley y recogido y estructurado en la Circular 05 de 2012, de manera que, para tal efecto, se debe efectuar un estudio de verificación siguiendo el esquema de revisión establecido en la norma.

De igual manera se reitera que para el otorgamiento de encargos no existe una obligación legal de efectuar convocatoria y menos aún abierta, pues cuando se adelanta ésta se corre el riesgo de vulnerar lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en cuanto señala que el encargo deberá recaer en un empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando, reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar

⁴⁷ Salvo lo expuesto en el numeral 2 del acápite de respuesta.

al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

8. ¿Es legal que siendo el encargo un derecho preferencial para los servidores de carrera que cumplen con los requisitos se limite la participación en los diferentes cargos para los cuales cumplen? ¿Solo pueden presentarse a uno?

Respuesta: Partiendo del hecho de que para el otorgamiento de los encargos es indispensable que la entidad efectúe el estudio de verificación y que ésta se encuentra obligada a revisar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, atendiendo el orden de verificación dispuesto en dicha norma, esto es, a partir del empleado de carrera que se encuentre desempeñando como titular el empleo inmediatamente inferior a que se va a proveer, la participación de los empleados de carrera en los procedimientos de encargo, no dependerá ni de su postulación, ni de la voluntad del empleador, sino de su ubicación jerárquica.

Igualmente se precisa que los servidores que gozan de encargo serán tenidos en cuenta, atendiendo para ello, la posición jerárquica que ocupan como titulares de derechos de carrera y no el empleo que ejercen en encargo.

9. Desde el orden Constitucional y las facultades concedidas a la Unidad de personal en la ley de carrera administrativa 909 de 2004, está la convocatoria a concursos internos para proveer transitoria empleos de carrera?

Respuesta: Conforme se desprende de la Ley 909 de 2004, no existe una función específica que le imponga a las Unidades de Personal de las entidades adelantar concursos internos para la provisión transitoria de empleos de carrera administrativa.

Finalmente se precisa que este pronunciamiento se emite en calidad de respuesta a una consulta, y como tal responde genéricamente a temas de competencia de esta Comisión, sin que en ningún momento se entre a juzgar la legalidad de actos o decisiones administrativas emitidas por otros entes. Lo anterior, sin perjuicio que frente a los derechos de carrera que usted u otros empleados de carrera consideren lesionados, se interpongan las correspondientes reclamaciones de primera instancia ante la Comisión de Personal respectiva y, en relación con la posible vulneración de normas de carrera y el desobedecimiento de las instrucciones impartidas por esta entidad, la Comisión Nacional del Servicio Civil, adelante las correspondientes actuaciones administrativas. (...)"

16. Tema: Alcance de la postulación o manifestación de interés para el acceso al derecho a encargo.

- Decisión aprobada en sesión de Comisión del 9 de mayo de 2013. Comisionado Ponente: José Elías Acosta.

"Las entidades públicas, en uso de sus facultades legales para la provisión transitoria de vacancias en empleos de carrera administrativa, pueden diseñar etapas o procedimientos que faciliten la labor de las Unidades de Personal al momento de verificar el cumplimiento de requisitos para el otorgamiento de encargos, siempre y cuando se sometan a los parámetros establecidos por la Ley 909 de 2004, en su artículo 24.

En el desarrollo del estudio de verificación para determinar la titularidad del derecho al encargo, algunas entidades han creado la etapa denominada "Postulación" o "Manifestación de interés" la cual consiste en que el servidor público con derechos de carrera exprese, a través de los

medios dispuestos por la entidad, su intención de participar en el proceso de encargos, si considera que reúne los requisitos para ser acreedor a este derecho.

La postulación o manifestación de interés, o la denominación que adopte la entidad para referirse a esta figura, es un mecanismo de difusión y divulgación utilizado por la Unidad de Personal para dar a conocer al personal de la planta, la apertura de los procesos de encargos que se adelanten con ocasión de las vacancias que se generen en los empleos de carrera administrativa.

La socialización de las actuaciones tendientes a la provisión transitoria, y en especial el inicio del proceso, garantizan los principios de publicidad y transparencia del trámite administrativo, y en este sentido, los servidores públicos con derechos de carrera tienen la oportunidad de conocer los empleos de carrera que se encuentran vacantes y determinar a cuáles de ellos tienen derecho a acceder mediante encargo.

De la definición esbozada anteriormente, se precisan ahora los efectos de la postulación o manifestación de interés, frente al derecho preferencial de encargo:

1. *La postulación o manifestación de interés del servidor público de carrera administrativa no es un requisito previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para consolidar el derecho a ser encargado en un empleo de carrera. De la lectura de la norma en cita, se concluye que la ley no exige al empleado expresar su intención o interés de acceder a un encargo.*

2. *La figura de la postulación o manifestación de interés no es una etapa o procedimiento que se encuentre incluido en la Circular 09 de 2011, derogada y sustituida posteriormente por la Circular 005 de 2012 a través de las cuales se emite instrucciones en materia de provisión de empleos de carrera. En este sentido, se precisa que la Comisión Nacional del Servicio Civil no ha recomendado la introducción de la postulación o manifestación de interés en la provisión transitoria de empleos de carrera mediante el encargo.*

3. *La inclusión de la etapa denominada postulación o manifestación de interés en los procesos de encargos, no es una condición que por sí misma vulnere derechos de carrera de quienes tienen la posibilidad de acceder a este incentivo, es un mecanismo de difusión y divulgación para dar a conocer a todos los servidores de carrera, la apertura del procedimiento para suplir las vacancias existentes de manera transitoria.*

4. *En ningún caso, la no presentación de la postulación o manifestación de interés, excluye al empleado de carrera que tiene derecho preferencial a ser encargado del estudio que debe realizar la entidad para verificar el cumplimiento de requisitos respecto del empleo a proveer.*

5. *El empleado de carrera tiene la opción de guardar silencio en la etapa de la postulación o manifestación de interés, y ello no quiere significar que la Unidad de Personal o quien haga sus veces en la entidad, quede eximida de adelantar el estudio de verificación de cumplimiento de requisitos de dicho servidor.*

6. *La posible equivocación en que incurra el servidor al postularse a un empleo del cual no tenga la posibilidad de ser encargado, no releva la obligación que tiene la entidad de analizar su hoja de vida frente a otros cargos respecto de los cuales pueda ser encargado.*

7. *En defecto de la postulación o manifestación de interés, el servidor con derechos de carrera podrá hacerlos valer hasta antes de la expedición del acto administrativo presuntamente lesivo y aun siendo expedido, en sede de recursos de reposición y apelación, podrá reclamar.*

8. La postulación o manifestación de interés, sin perjuicio de su implementación por parte de la entidad, no puede ser considerada como un requisito habilitante para ser encargado. (...)⁴⁸

17. Tema: Decisión sobre continuidad o terminación del encargo. Es facultad del nominador con sujeción a las normas.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 33675 del 16 de agosto de 2012 en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 39147 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

“(...) En atención a la consulta de la referencia le informo que, conforme la órbita de competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, establecida en el artículo 130 de la Constitución Política Nacional y desarrollada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 y, demás normas concordantes, la atención de los temas referentes al ejercicio de la facultad de dar continuidad o terminar los encargos, no corresponden a esta entidad.

Debe tener en cuenta que al ser una facultad del resorte exclusivo del nominador, la Comisión Nacional de Servicio Civil se encuentra imposibilitada para pronunciarse positiva o negativamente sobre la continuidad o terminación de las provisiones transitorias de los empleos de carrera, sean estas por encargo o mediante nombramiento en provisionalidad, situación que difiere ampliamente de la concesión de autorización, pues mediante este procedimiento se busca controlar la provisión de los empleos de carrera, buscando esencialmente, garantizar el orden de provisión de los empleos, contemplados en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 (para el sistema general de carrera), pero sin determinar ni influir en manera alguna sobre la decisión de nominar que tiene el representante legal de la entidad interesada y que se expresa a través de la elección del empleado.

*Lo anterior, sin perjuicio que la Comisión intervenga en vía de **reclamación**, cuando se acuda a esta, luego de agotada la primera instancia de reclamación ante la Comisión de Personal de la entidad (entre otras causas, por el derecho preferencial a encargo), o en vía de **vigilancia administrativa**, cuando se evidencie la presunta vulneración de normas de carrera o las instrucciones impartidas por esta Comisión.”*

18. Tema: Terminación del encargo por evaluación del desempeño no satisfactoria.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 23283 del 22 de junio de 2011, en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 20704 de 2011. Concepto emitido por la Dra. Blanca Clemencia Romero Acevedo, en calidad de Comisionada Encargada.

“(...) 2.2. Evaluación del desempeño durante el encargo. De conformidad con el artículo 54 del Decreto 1227 de 2005 los funcionarios que desempeñen empleos a través de encargo, deben ser evaluados bajo los mismos términos y condiciones con los que se evalúa a los demás funcionarios de carrera.

La finalidad de esta evaluación se relaciona principalmente con la permanencia en el encargo y por ende con la posibilidad de prorrogarlo o darlo por terminado. Así mismo, la evaluación va encaminada a garantizar el derecho que les asiste a quienes ostentan derechos de carrera, de acceder a los planes de estímulos y de capacitación previstos en la entidad.

⁴⁸ Tomado de la Resolución 1033 de 2013.

3. RESPUESTA:

En primer lugar, el Despacho reitera que un empleado de carrera que se encuentra desempeñando un empleo mediante la figura del encargo, debe ser evaluado mientras dure dicha situación administrativa de conformidad con las finalidades antes expuestas; esto es, para verificar la permanencia del empleado de carrera en el encargo y el acceso a los planes de capacitación y estímulos que diseñe la entidad.

En este sentido y con relación a los interrogantes uno, dos y tres, el Despacho precisa que el nominador de la entidad tendrá la obligación de dar por terminado el encargo, cuando el empleado de carrera obtenga una calificación no satisfactoria en la evaluación del desempeño. Sin embargo, la decisión del nominador de la entidad de terminar el encargo será discrecional en el evento en el cual el funcionario logre apenas una calificación satisfactoria en la evaluación.

Por tanto, en el caso bajo estudio, será una decisión del nominador del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA-, dar o no por terminado el encargo de las peticionarias, toda vez que su última evaluación del desempeño fue satisfactoria, advirtiendo que en el evento en que se dé por terminado el encargo, las funcionarias de carrera deberán regresar al cargo del cual son titulares, sin que se afecten sus derechos a la estabilidad laboral.

*Respecto a los interrogantes cuarto y quinto, el Despacho considera que corresponde a la entidad dar aplicación al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, el cual establece que 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. Se entiende que la resolución motivada, debe contemplar los elementos necesarios, para ser argumentada en cualquier instancia. (...)"*

19. Tema: Terminación de encargo por imposición de sanción disciplinaria.

- Concepto emitido bajo radicado de salida 11335 del 15 de marzo de 2012, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 7898 de 2012. Concepto emitido por el Despacho del Dr. Jorge Alberto García García.

"(...) la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para pronunciarse por vía de consulta, sobre la viabilidad de que en un caso particular se aplique o no la pérdida del encargo por causa de la sanción disciplinaria de suspensión en desempeño de los empleos públicos.

Ello es natural, teniendo en cuenta que dicha facultad es exclusiva del nominador y que la Comisión Nacional del Servicio Civil en su calidad de autoridad en materia de vigilancia de la carrera administrativa, tiene a su cargo la segunda instancia de las reclamaciones que se susciten con ocasión de los encargos, luego de agotada la instancia respectiva ante la Comisión de personal de la entidad respectiva.

Ahora bien, es claro que, en un contexto general, esta Comisión, en la Circular 09 de 2011, al referirse al requisito contemplado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, de que el empleado de carrera no tenga sanción disciplinaria en el último año, precisó que "...si sobreviene sanción disciplinaria a quien ejerce un empleo de carrera en situación de encargo, esta no será determinante para la pérdida del mismo, salvo que la misma implique la destitución o la suspensión en el desempeño de empleos públicos", lo cual debe tenerse en cuenta por las entidades a las que se les aplica la mencionada circular.

No obstante, es importante indicar, a título de orientación, que, aun dándose la concreción de pérdida del encargo por causa de la imposición de sanción disciplinaria consistente en suspensión o destitución en el ejercicio de empleos públicos, el empleo base, esto es aquel del

cual es titular la persona que estaba encargada, estará vacante temporalmente por el tiempo que dure dicha sanción, en virtud de lo cual es viable su provisión transitoria (por encargo o nombramiento en provisionalidad), por el tiempo que permanezca la sanción. No así ocurre cuando cese la sanción de destitución o suspensión, por cuanto al regresar el empleado al cargo del cual es titular de carrera, finaliza la vacancia temporal de dicho empleo y, por tanto, deberá terminar su provisión transitoria. (...)"