

**CRITERIO UNIFICADO
DERECHO A ENCARGO DE LOS SERVIDORES DE CARRERA VINCULADOS A LAS
PLANTAS DE PERSONAL DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA NACIONAL**

Ponente: Comisionado Fridole Ballén Duque

En sesión de Sala Plena de la CNSC, celebrada el 1° de octubre de 2019, se adoptó el presente Criterio Unificado titulado “*DERECHO A ENCARGO DE LOS SERVIDORES DE CARRERA VINCULADOS A LAS PLANTAS DE PERSONAL DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL*”, en el marco de lo dispuesto en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, la Ley 1960 de 2019, el Decreto Ley 775 de 2005 y los Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017.

I. MARCO JURÍDICO.

La figura de provisión transitoria de empleos de carrera administrativa denominada “*Encargo*”, para el sistema general de carrera administrativa y para el sistema específico de carrera de las Superintendencias de la administración pública nacional, se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

- Ley 909 de 2004, artículo 24 modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, “*Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*”
- Decreto-Ley 775 de 2005
- Decreto 4968 de 2007
- Decreto 1083 de 2015 y 648 de 2017.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Constituye el “encargo” un derecho preferencial para los servidores de carrera administrativa de las Superintendencias de la administración pública nacional, a la luz de los principios comprendidos en la Constitución Política, la normatividad que regenta los sistemas de carrera (general y específico) y los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional?

Fundamentos jurídicos para absolver el problema: Constitución Política, artículos 11, 12 y 13 del Decreto Ley 775 de 2005, el artículo 2° del Decreto 2929 de 2005, ahora contenido en el artículo 2.2.19.1.2 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

III. TESIS QUE RESUELVE EL PROBLEMA JURÍDICO

El inciso tercero del artículo 125 de la Constitución Política señala que: *“El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”*

Concordante con ello, el artículo 130 Constitucional prevé que: *“Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”*

Bajo este marco, cabe precisar que los sistemas especiales de origen legal (denominados por el legislador específicos o especiales de carrera), desarrollan la carrera administrativa en materia de ingreso, ascenso, permanencia y retiro para aquellas entidades que en razón de su singularidad ejecutan funciones o procedimientos sustancialmente diferentes de la gran mayoría de instituciones que conforman la administración pública, tal como es el caso de las Superintendencias, reguladas por los preceptos definidos en el Decreto Ley 775 de 2005, marco legal que no las separa de los principios y lineamientos definidos para el Sistema General de Carrera.

Lo antes señalado hace parte de la doctrina vigente de la Corte Constitucional que en sus pronunciamientos reiterados ha afirmado el carácter no independiente de los sistemas especiales de carrera de origen legal y su pertenencia al régimen general.

En este orden, si bien las Superintendencias de la administración pública nacional cuentan con un sistema específico de carrera administrativa regulado en normas especiales, también lo es que dicha reglamentación debe armonizarse con el régimen general establecido en la Ley 909 de 2004, conforme lo orientó la Corte Constitucional en la Sentencia C-250 de 2013, providencia en la que refirió que aun cuando los sistemas específicos de carrera administrativa se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera, **“no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese solo hecho como regímenes autónomos e independientes, pues son, en realidad, una derivación del régimen general de carrera, del cual se apartan solo en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades.”** (Negrilla intencional)

En el mismo sentido, la Sentencia C-471 de 2013 expresó: *“Si los regímenes especiales de origen legal hacen parte del sistema general de carrera, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos debe comprender sin duda alguna a dichos sistemas especiales de origen legal, dado su alto grado de conexidad con la carrera general que en todos los casos tiene que ser administrada y vigilada por la citada Comisión”.*

Concordante con estas consideraciones, la Corte Constitucional en la Sentencia C-250 de 2013, al revisar la constitucionalidad del artículo 49 del Decreto Ley 775 de 2005, norma que preveía la excepción para el sistema específico de carrera de las Superintendencias de conformar Comisiones de Personal, precisó:

“(…) Para otorgarle la razón al actor es suficiente recordar que ampliamente se ha discurrido en esta providencia sobre la afectación de los principios y derechos constitucionales relacionados con la carrera administrativa, debido a la imposibilidad de hacerlos valer sin contar con las comisiones de personal, lo que comportaría su práctica privación para servidores de las superintendencias. Sin necesidad de volver sobre ello se evidencia la violación del principio de igualdad, pues a los servidores de carrera de las superintendencias se les sustrae del disfrute de las garantías que se reconocen a otros servidores inscritos en la carrera general o en carreras específicas distintas de la correspondiente a las superintendencias. (…)”

Esto para resaltar que: *“(…) la diligencia en el cumplimiento de las funciones es ciertamente una finalidad constitucionalmente plausible, **pero no puede procurarse al costo de sacrificar la vigencia y eficacia de los principios y derechos constitucionales relacionados con la carrera.** (…)”*, posición que conllevó la declaratoria de inexecutable del artículo 49 del Decreto Ley 775 de 2005, en los siguientes términos:

“(…) Lo anterior pone de manifiesto la violación del derecho a la igualdad que, junto a las otras violaciones de contenidos superiores ya demostradas, conduce a la declaración de inexecutable, debiéndose enfatizar, como ya lo hizo la Corte a propósito de otra disposición, que una vez retirado del ordenamiento jurídico el artículo 49 del Decreto 775 de 2005, “no resulta vacío normativo alguno”, por cuanto la comisión de personal en cada superintendencia “quedará conformada de conformidad con lo dispuesto en la ley, artículo 16, numeral 1º de la ley 909 de 2004” (…)”

Así, vemos que el literal e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, define como función a cargo de la Comisión de Personal la de: ***“(…) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos. (…)”*** (negrita fuera del texto).

En consecuencia, si la Comisión de Personal es el órgano competente para decidir en primera instancia las reclamaciones por vulneración del derecho a encargo, es lo cierto que el encargo constituye un derecho preferente para el servidor de carrera, prerrogativa que no está sujeta a una facultad discrecional del nominador, sino al cumplimiento de los requisitos definidos en la ley, ello de conformidad con la *“Ratio decidendi”* expuesta por la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 49 del Decreto Ley 775 de 2005, en la que observó que privar de la Comisión de Personal a los servidores de carrera de las Superintendencias de la administración pública nacional, constituía una **“afectación de los principios y derechos constitucionales relacionados con la carrera**

administrativa”, derechos entre los que se encuentra el encargo y la posibilidad de garantizarlo y hacerlo exigible a través del mecanismo de reclamación laboral ante la Comisión de Personal en primera y en impugnación ante la CNSC.

El artículo 11 del Decreto Ley 775 de 2005 señala claramente que el Superintendente cuenta con la discrecionalidad para escoger entre los numerales 11.1 y 11.2, esto es, entre la asignación de funciones y el encargo del empleo o el nombramiento en provisionalidad; por tanto, si la entidad opta por aplicar el numeral 11.2, debe hacerlo de una manera sistemática, en el entendido que **únicamente podrá acudir al nombramiento provisional, cuando del respectivo estudio de verificación de requisitos se desprenda que NO existen servidores públicos de carrera administrativa con quién o quienes proveer los empleos vacantes en forma temporal o definitiva.**

Posición que comulga con el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1230 de 2005, en la que se refirió a los Sistemas Específicos de Carrera y su relación con el Sistema General de Carrera, precisando:

*“(...) 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.** (...)” (Resaltado fuera de texto).*

De lo anotado se desprende que las normas que regentan el sistema de carrera de las Superintendencias de la administración pública nacional, lejos de constituir un lineamiento independiente o ajeno al sistema general de carrera, están articuladas a sus premisas que en armonía con el principio constitucional de mérito, siempre que el servidor de carrera acredite los requisitos definidos por la ley, no comprenden excepciones para acceder a un empleo de grado o nivel superior y así reconocerle el derecho a encargo.

Así, y en aplicación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, norma concordante con el sistema de carrera específico de las Superintendencias de la administración pública nacional, vemos que sus incisos primero, segundo y tercero determinan que: *“(...) Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.*

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

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

Lo expuesto lleva a concluir que el encargo es un **derecho preferencial** para los servidores de carrera que reúnan los requisitos y las condiciones determinadas por la norma, prerrogativa que nace a la vida jurídica cuando habiendo un empleo en vacancia, ya sea temporal o definitiva, la administración decide proveerlo de manera transitoria, debiendo verificar, en su planta de personal en qué servidor de carrera recae.

En consecuencia, siempre que las Superintendencias de la administración pública nacional hayan realizado el proceso de verificación de los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, en caso de no encontrar servidor de carrera que reúna las condiciones previstas por la norma, la entidad de forma **subsidiaria y excepcional** podrá efectuar nombramientos en provisionalidad.

Definido el Encargo como un instrumento para garantizar la buena prestación de los servicios a cargo de las entidades del Estado y su vez un estímulo expresado como derecho preferencial de los servidores de carrera de las Superintendencias de la administración pública nacional, recae en éstas al momento de realizar la provisión transitoria vacantes definitivas o temporales en empleos de carrera de su planta de personal, aplicar el orden de provisión definido en el artículo 11 del Decreto Ley 775 de 2005, esto es: i) Asignar temporalmente funciones a otros empleados que reúnan los requisitos para el cargo y ii) **Encargar del empleo a un servidor de la respectiva superintendencia**, o nombrar en provisionalidad, actuación frente a la cual, deberá privilegiar en todo caso el **encargo** sobre el nombramiento en provisionalidad.

Bogotá, D.C. octubre 1° de 2019



LUZ AMPARO CARDOSO CANIZALEZ
Presidente

Aprobó: Comisionado Fridole Ballén
Proyectó: Miguel F. Ardila / Cjera P.