

Bogotá D.C., **24 OCT. 2013**

Radicado de salida: 2013EE 38414

Doctora

SANDRA MARCELA ROJAS MACIAS

Presidenta de la Comisión de Personal

Escuela Superior de Administración Pública – ESAP

Calle 44 No. 53-37

Bogotá D.C.

Radicado de entrada: 2013ER-46849 del 08 de octubre de 2013

ASUNTO: Solicitud de Concepto

Respetada doctora Sandra Marcela,

Mediante el oficio radicado en la Comisión Nacional del Servicio Civil, bajo el consecutivo No. 2012ER-46849 del 08 de octubre de 2013, Usted solicitó concepto de las reclamaciones de servidores públicos por efecto de los encargos que se han otorgado al interior de la entidad, no determinando con exactitud los reclamantes, frente a lo cual se procede a dar respuesta teniendo en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES

Las preguntas objeto de la consulta contenida en el oficio No. 2012ER-46849 del 08 de octubre de 2013, son las siguientes:

¿Tiene obligación el Nominador en ocupar la vacante de un (a) funcionario (a) si la persona no hizo las reclamaciones en el tiempo establecido en el procedimiento señalado en la Circular 005 de 2012 expedida por la CNSC? (...)

Al funcionario (a) le encargó (sic) mediante Resolución SC No 0211 del 4 de marzo de 2013 siendo titular del cargo de Secretario Ejecutivo 4210-16, al cargo de Profesional Universitario 2044-11 con funciones en el Grupo de Administración Pública Territorial adscrita en la Facultad de Pregrado de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, el cual se encuentra reportado con el número de empleo 6574 en la oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC. El (la) funcionario (a) No Satisface el requisito de Título Académico ya que ostenta como disciplina el Título Universitario en Administración de Empresas y el establecido en el Manual Específico de Funciones y Competencias laborales para los empleos de la ESAP es de Profesional en Administración Pública, Administración Pública Municipal y regional, Administración Pública Territorial, Administración Educativa, Ciencias de la Educación.

Por lo anterior, se pregunta ¿Tiene el Nominador atribuciones de poder nombrar en encargo al funcionario (a) en otro cargo de la entidad siempre y cuando cumpla con el perfil?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Y RESPUESTA:

Antes de proceder a dar respuesta a la solicitud del asunto, la Comisión Nacional del Servicio Civil encuentra necesario señalar lo siguiente:

En primera medida resulta conveniente referirse a la connotación y naturaleza de la figura del encargo y para tal efecto, es pertinente traer a colación el criterio que sobre el particular se aprobó en Sesión Plena de Comisionados de fecha 28 de mayo de 2013, así:

(...)

1. NATURALEZA Y CONCEPTO DE LA FIGURA DE ENCARGO.

2.2. 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 1968,¹ se estableció como una de las situaciones administrativas, cuando el servidor se encontrase ejerciendo las funciones de un empleo por encargo.²

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.

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

¹ Decreto que modificó el Decreto 1732 de 1960, este "Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa"

² Artículo 18, ibídem.

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 (sic) 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,³ 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.⁴

Entendido así el encargo,⁵ 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..."

Obsérvese que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, la figura del encargo adquirió no sólo la connotación de forma de provisión transitoria de empleos, sino además de derecho preferencial para los servidores de carrera administrativa que cumplan con las condiciones y requisitos señalados legalmente, hecho este que implica

³ Siempre que no deba ser percibido por su titular.

⁴ Al respecto se pueden observar, las Circulares 009 de 2011 y 005 de 2012, emitidas en relación con la materia.

⁵ 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.

entonces un deber para la administración de adoptar las medidas administrativas que correspondan en salvaguarda de dicha prerrogativa.

Ahora bien, el literal h), artículo 11 de la Ley 909 de 2004, otorgó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la facultad de expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas de carrera, por lo que en consecuencia y en uso de las atribuciones legalmente conferidas, la Comisión ha precisado el alcance de las normas de carrera que disponen la posibilidad de proveer transitoriamente los empleos a través de la figura de encargo y nombramiento provisional, expidiendo para tal efecto las Circulares No. 029 del 15 de marzo de 2007, 009 del 10 de octubre de 2011, derogadas y sustituidas mediante la Circular No. 005 del 23 de julio de 2012; instrucciones y directrices que deben ser seguidas por las entidades que requieran proveer transitoriamente sus empleos vacantes, a fin de garantizar la plena observancia de los principios de igualdad, transparencia, publicidad y confiabilidad en el procedimiento de concesión de encargo.

Precisado lo anterior y para atender su **primera inquietud** en el caso que nos ocupa, conviene indicar que si bien se establecieron unos términos a fin de que los servidores que se consideraran afectados con los resultados del estudio de verificación acudieran ante el nominador de la entidad solicitando la revisión de los mismos, lo cierto es que como quedó sentado en líneas precedentes, el encargo constituye un derecho, y por tanto, aún habiéndose presentado la solicitud de revisión por fuera del término previsto en la Circular referenciada, corresponde a la administración adoptar las medidas pertinentes en garantía y primacía del derecho sustancial sobre la formalidad, y en consecuencia de ello verificar si en efecto le asiste al servidor el derecho a que se le reconozca el derecho preferencial.

Lo anterior aunado al hecho que el servidor de carrera cuenta además con la posibilidad de reclamar en primera instancia su derecho preferencial de encargo ante la Comisión de Personal de la Entidad y en segunda ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del literal d) del artículo 12 y literal e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, siguiendo el procedimiento que para el efecto se determinó mediante la Circular 005 de 2012 y el Acuerdo 140 de 2010, sin que se haya previsto como requisito de procedencia para dichas reclamaciones, el hecho de haber presentado la solicitud de revisión dentro del término, situación esta que confirma la primacía e importancia del encargo como un derecho de los servidores de carrera que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

En consecuencia de lo expuesto, en materia de provisión transitoria debe primar el derecho sustancial y preferencial al encargo con que cuentan los servidores de carrera, frente a las formalidades del procedimiento que debe adelantar la entidad para su concesión, advirtiendo en todo caso que ello no implica para la Administración la facultad

4

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

discrecional de inobservar las instrucciones impartidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sino la potestad de realizar en determinadas circunstancias fácticas como la expuesta, una ponderación razonable entre lo sustancial y lo material que le permitan garantizar la prevalencia de un derecho y por tanto adoptar las medidas administrativas que considere pertinentes.

Así las cosas y para el caso en particular, en garantía del derecho preferencial con que cuenta un servidor de carrera, siempre que ello no implique afectación de derechos consolidados respecto de terceros, es viable que la administración resuelva la solicitud presentada y en consecuencia de ello realice una nueva verificación de requisitos y publique los resultados, advirtiendo que no se estableció en la Ley 909 de 2004 ni en la Circular 005 de 2012, como requisito para el otorgamiento del encargo, el hecho de que los documentos que soporten el cumplimiento de requisitos para el desempeño del empleo materia de provisión transitoria, deban reposar en la historia laboral del servidor de carrera.

En cuanto a su **segunda consulta** se le puede informar que 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.

Al examinar y precisar 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, complementándolo con la doctrina específica desarrollada sobre dicha temática, se observa que el encargo debe recaer en el servidor de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente.

Para verificar este criterio, la Unidad de Personal de la entidad o quien haga sus veces, debe analizar 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, 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.

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.

Otro criterio que nos trae el artículo 24 de la ley 909 de 2004, consiste en 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.

En conclusión, una vez se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y los requisitos exigidos para el otorgamiento de encargo establecido en el procedimiento contenido en la Circular 005 de 2012, emitida por la CNSC, el nominador puede nombrar mediante encargo al funcionario que cumpla con todos los requisitos de un determinado empleo de carrera administrativa que se encuentre en vacancia definitiva.

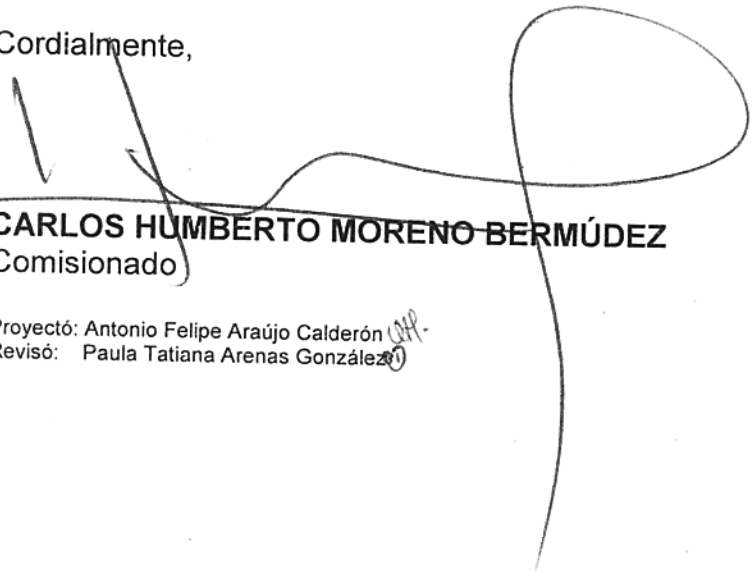
Así las cosas, es claro que al tener el encargo la connotación de derecho preferencial, no se agota por el hecho de estar disfrutando de otro encargo, toda vez que el artículo 24 de la Ley ibídem enuncia taxativamente los requisitos que se deben cumplir para acceder a éste, sin que sea permitido a la Administración desconocer tal derecho a quien lo ostente, independientemente que con anterioridad le haya sido otorgado encargo en

6

otro empleo, pues la verificación de los requisitos se hará al momento en que sea necesario proveer el empleo en vacancia y será en esa oportunidad en que se determine al servidor titular del derecho preferencial.

Por último, es preciso manifestarle que la dirección física a la cual se dirige la presente respuesta, coincide plenamente con la suministrada en su oficio.

Cordialmente,



CARLOS HUMBERTO MORENO-BERMÚDEZ
Comisionado

Proyectó: Antonio Felipe Araújo Calderón *CAF*
Revisó: Paula Tatiana Arenas González *PTAG*

