

CRITERIO UNIFICADO “la figura de encargo para la provisión transitoria de empleos de carrera”.

PONENTE: Comisionado Jorge Alberto García García.

Fecha de sesión: 28 de mayo de 2013.

## 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**,<sup>1</sup> 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.”

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

**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

---

<sup>2</sup> 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**,<sup>3</sup> 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.

---

<sup>3</sup> “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.<sup>4</sup>

**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 parágrafo 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

---

<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> se estableció como una de las situaciones administrativas, cuando el servidor se encontrase ejerciendo las funciones de un empleo por encargo.<sup>6</sup>

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.

---

<sup>5</sup> Decreto que modificó el Decreto 1732 de 1960, este “Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa”

<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

Entendido así el encargo,<sup>9</sup> 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.

---

<sup>7</sup> Siempre que no deba ser percibido por su titular.

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

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

- **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

---

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

- **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;

(…)

---

<sup>11</sup> 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. (...)<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

---

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

<sup>13</sup> 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 anulador 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),<sup>14</sup> 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).

---

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

#### **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,<sup>16</sup> 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,<sup>17</sup> 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.

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Dicha Circular puede ser consultada en la página web de la Comisión, link:

<http://www.cnsc.gov.co/docs/CIRCULAR005DE2012.pdf>

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

**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 adelante 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.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 norma<sup>20</sup>, 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.<sup>21</sup>

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.

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

## **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.

---

<sup>22</sup> 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 encargo<sup>23</sup>, 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.<sup>24</sup>

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

---

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

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

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

---

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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

- a) Por renuncia al encargo.
- b) Por obtención de evaluación del desempeño no satisfactoria.<sup>28</sup>
- c) Por decisión del nominador debidamente motivada conforme al Art. 10 del Decreto 1227 de 2005<sup>29</sup>. (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.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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.”

<sup>30</sup> 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.

