

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL DESPACHO COMISIONADA BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO Contrato N° 172 de 2016

Tema: Encargo

Corporación	Corte Constitucional
Identificación	C-753 de 2008 / Exp. D-7162
Fecha	30 de julio de 2008
Accionante/Demandante	Luz Patricia Trujillo Marín
Magistrado Ponente	Dr. Jaime Araújo Rentería

HECHOS RELEVANTES:

La ciudadana Luz Patricia Trujillo Marín, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra el artículo 10, inciso final del artículo 15, inciso segundo del artículo 17, inciso primero (parcial) del artículo 19, inciso primero (parcial) del artículo 20, inciso segundo del artículo 23 (parcial), inciso primero (parcial) del artículo 24, artículo 25, literal a) y penúltimo y último inciso del artículo 28, literal b) del artículo 31, parágrafo del artículo 56, artículos 58 a 61, literal h) del artículo 65, artículo 66 (parcial), inciso segundo del artículo 67, inciso tercero del artículo 73, **artículo 74**¹, artículo 80 (parcial), inciso final (parcial) del artículo 84, artículo 86, artículo 87 (parcial) y artículo 90 del Decreto Ley 091 de 2007 “*por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración personal*”

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Determinar si se vulnera el derecho de igualdad de los aspirantes a ocupar cargos públicos, al permitir el artículo 74 del Decreto ley 091 de 2007, que los miembros de la Fuerza Pública que gozan de un sistema especial de carrera por determinación del Constituyente desempeñen funciones y cargos propios del régimen especial de carrera del personal civil y no uniformado del Sector Defensa, en provisionalidad o en encargo. Igualmente, si la

¹ Hace referencia al encargo

disposición del referido artículo 74, vulnera la disposición constitucional –art. 121, 122 y 123 CN- que prohíbe que existan cargos o funcionarios sin que sus funciones se encuentren claramente detalladas en la Constitución, ley o reglamento?

RATIO DECIDENDI:

La Corte en esta providencia define las siguientes subreglas de decisión: (i) la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo, según sea el caso; y, (ii) en segundo lugar, la provisión de cargos del sector defensa en forma provisional o por encargo, con miembros en servicio activo de la Fuerza Pública, deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión en provisionalidad o en encargo.

Como fundamento de lo anterior, expone:

“[...] el artículo 125 de la Carta Política establece que (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) el sistema de nombramiento se realizará mediante concurso público; (iii) el ingreso y el ascenso en la carrera se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose otro tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) el retiro de la carrera sólo es posible por el bajo desempeño, por el incumplimiento del régimen disciplinario y por las demás causas previstas en la ley.

De este modo, existen algunas excepciones al sistema de carrera administrativa, como la posibilidad de realizar nombramientos en provisionalidad o en encargo en los casos que determine la ley. Así, la Ley 443 de 1998 disponía la posibilidad de realizar nombramientos con carácter provisional cuando se pretendiera proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por el sistema de méritos y, en esa medida, cuando el titular de un empleo fuera encargado de otro, el cargo de aquél podría ser provisto en provisionalidad mientras durara el encargo

del titular². Así mismo, la Ley 909 de 2004³ también contempló el encargo mientras se surte el proceso de selección y una vez convocado el respectivo concurso, así como la provisionalidad respecto de los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos⁴.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que la administración pública puede acudir a este tipo de nombramiento para el desarrollo de sus

² Ley 443 de 1998 "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."

³ Ley derogatoria de la Ley 443 de 1998.

⁴ 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 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."

actividades, cuando sus necesidades así lo exijan y para el cumplimiento de los fines constitucionales de eficiencia y celeridad⁵.

En relación con los cargos en provisionalidad la Corte ha señalado ciertas subreglas:

“ (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrados en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera⁶; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil⁷; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad⁸; (iv) más sin embargo, por tratarse de una situación administrativa excepcional debe prolongarse por el tiempo necesario para que, de acuerdo con ese régimen de carrera, éste sea desempeñado por una persona que se ha sometido a todo el proceso de selección previo al ingreso o por un funcionario de libre nombramiento y remoción, si el cargo es de esa naturaleza⁹. En suma, en los términos de la sentencia C- 077 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, “Con el fin de evitar que el nombramiento provisional pierda su atributo de temporalidad y se convierta en permanente, dejando de ser tal, y que vulnere el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización”¹⁰.

En este sentido, esta Corte ha establecido que los nombramientos ordinarios deben realizarse una vez surtido un concurso público en debida forma, es decir, que un empleo de carrera por mandato constitucional y como regla general debe proveerse mediante concurso público de méritos. De otra

⁵ Sentencia T-054 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Sentencia C-037 de 1996, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Sentencia C-109 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

⁸ Sentencia C-292 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño.

⁹ Sentencia C-292 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Sentencia C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

parte, existen las excepciones a la regla general que hacen relación a los nombramientos en provisionalidad o en encargo, sin que esta provisión especial de cargos de carrera pueda dar lugar a una vinculación de los empleados en carrera administrativa. Así, esta Corte ha establecido que no existe ninguna norma que determine que el paso del tiempo pueda transformar una vinculación realizada en forma provisional, en una propia de la carrera administrativa, esto en razón de que esta forma de ingreso sería contraria a las disposiciones constitucionales. Así mismo, esta Corte ha declarado inexecutable las normas de incorporación automática a la carrera de funcionarios nombrados en provisionalidad. Por lo tanto, toda vinculación que se realice en provisionalidad o en encargo, no da lugar a la vinculación a la carrera administrativa.

La Corte ha encontrado que estas excepciones de provisionalidad y encargo frente a la regla general de la provisión de cargos de carrera administrativa mediante concurso público, se encuentran justificadas desde el punto de vista constitucional, ya que la realización de un concurso público de méritos para proveer un empleo vacante definitivamente requiere un tiempo mínimo, en el cual puedan desarrollarse las etapas de convocatoria, pruebas de selección y conformación de la lista de elegibles, mientras que la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem.¹¹

Por estas razones, con un criterio objetivo, racional y práctico, en algunos casos, se impone en la administración pública como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera.

Así mismo, esta Corte ha hecho énfasis en el carácter esencialmente temporal del nombramiento provisional, de manera que se impida que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida, vulnerando de esta forma el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, razón por la cual se deben establecer límites y condiciones para su utilización y rechazar las prórogas injustificadas de los nombramientos provisionales, por cuanto tanto el nombramiento como la

¹¹ Ver sentencia C-077 del 2004, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

prórroga deben darse por razones estrictamente necesarias para la continuidad del servicio en la administración pública. ¹²

De conformidad con lo anterior, esta Sala evidencia que la posibilidad del nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva de un cargo público de carrera no atenta contra los principios que informan la carrera administrativa, entre ellos la integridad y la regularidad del concurso público de méritos, y la igualdad de oportunidades, sino que por el contrario, permite la realización de los fines de la administración pública, en cuanto garantiza la continuidad del servicio, y por otro lado, no riñe con el derecho que tienen todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores.

Por otra parte, cuando la vacante en el cargo público de carrera no es definitiva, sino temporal, el mismo debe ser provisto también en forma transitoria, por la misma razón anotada de la necesidad de continuidad en la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente de estricta necesidad, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales.

*Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso.*¹³

De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley¹⁴; (ii) que

¹² Ver Sentencias C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-793 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño., y C-077 del 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹³ Ver, Sentencias T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en T-884 de 2001, MP: Clara Inés Vargas, T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra, C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

¹⁴ Se excluyen los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados."

FALLO:

"[...]5.2 Declarar **EXEQUIBLE de manera condicionada** el inciso primero del artículo 74 del Decreto 091 de 2007 en el entendido que la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo, según sea el caso; así mismo deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión excepcional.

Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 74 del Decreto 091 de 2007, por violación de los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional."