



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20182010155891

Fecha: 06-03-2018

Página 1 de 3

Bogotá, D.C.

Doctor

CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ NAVARRO

Contralor General

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO

Calle 40 No. 45 – 56, Edificio Gobernación; Piso 8

Barranquilla - Atlántico

Asunto: Concepto sobre la viabilidad de proveer de forma transitoria un empleo de carrera administrativa vacante temporal en vigencia de la Ley de Garantías.
Radicado No. 20186000062712 de 2018.

Respetado doctor Rodríguez:

Procede el Despacho a emitir concepto frente a la solicitud elevada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el marco de las competencias atribuidas en el artículo 130 constitucional y las facultades comprendidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Verificada la solicitud de concepto elevada por la Contraloría Departamental del Atlántico, tenemos que el problema jurídico está centrado en determinar la procedencia de proveer en vigencia de la Ley de Garantías, un empleo de carrera administrativa vacante de forma temporal a través de la figura de nombramiento en provisionalidad, luego de aplicar el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para la provisión de las vacantes mediante encargo con los servidores de carrera administrativa.

2. ANTECEDENTES.

La solicitud de concepto elevada por el doctor Carlos Adolfo Rodríguez Navarro en su calidad de Contralor departamental del Atlántico está orientada en los siguientes términos:

"(...) Teniendo en cuenta que existe una vacante definitiva en la planta de personal de la Contraloría General del Departamento del Atlántico que ha sido provista de manera temporal por medio de la figura de encargo establecida en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 y se han venido realizando encargos que al final del proceso generaría una vacante temporal que no es susceptible de ser provista por medio de la figura de encargo. Solicitamos a ustedes, muy comedidamente se sirvan expedir concepto sobre la viabilidad de incorporar de manera provisional a un funcionario en la planta de personal de la Contraloría General del Departamento del Atlántico, ad portas de las elecciones (...)"

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 señala que el encargo es un derecho para los servidores de carrera administrativa siempre que acrediten: i) Desempeñar el empleo inmediatamente inferior existente en la planta de personal de la entidad; ii) Cumplir los requisitos para su ejercicio; iii) Poseer las aptitudes y

habilidades para su desempeño; iv) No haber sido sancionado disciplinariamente en el último año, y v) Tener la última Evaluación del Desempeño Laboral en el nivel sobresaliente.

Por su parte, **el artículo 25 de la precitada ley**, al referirse a los empleos de carrera en condición de vacancia temporal, determinó que: "(...) 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. (...)”

Teniendo en consideración los preceptos mencionados, el Despacho estima pertinente traer a colación algunos apartes del Criterio Unificado aprobado en Sesión de Comisión de 28 de mayo de 2013, pronunciamiento que al referirse a la figura del "Encargo" indicó:

"(...) 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 el cual, ciertamente, es ampliamente reconocida la obligación de adelantar los proceso 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 (...)

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 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 solo con beneficios de contenido salarial, en los casos que así opera, 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. (...)" (Subrayado intencional)

De conformidad con lo expuesto, se observa que el encargo además de ser un modo de provisión transitoria, constituye un derecho preferencial para los servidores de carrera administrativa, exigible vía de reclamación laboral en los términos contemplados en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 760 de 2005.

Superado este aspecto y descendiendo al caso concreto, tenemos que la Ley 996 de 2005¹ previó en el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 "*Prohibiciones para los servidores públicos*", que las nóminas de las entidades territoriales no podrían modificarse dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que: "(...) se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, **y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.** (...)" (Resaltado fuera de texto)

De la norma en cita, vemos que la aplicación de las normas de carrera administrativa, está contemplada como una excepción a la prohibición establecida en la Ley 996 de 2005, frente a la posibilidad de modificar las nóminas de las entidades territoriales con anterioridad al inicio del proceso electoral.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, supeditó el alcance del cumplimiento de la prohibición comprendida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 al desarrollo de los fines del Estado, señalando:

"(...) La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209

¹ "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones"

de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...)

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, **las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.** (...)” (Marcación intencional)

Bajo este derrotero, deviene procedente recordar lo preceptuado en el artículo 25 de Ley 909 de 2004, norma que señala que los empleos de carrera administrativa vacantes de forma temporal, pueden ser provistos a través de un nombramiento en provisionalidad, por el tiempo que dure la situación administrativa del titular, esto es la separación temporal del cargo, salvo en el evento que hayan servidores de carrera con derecho preferencial a encargo.

4. CONCLUSIÓN.

Con fundamento en el análisis realizado y la posición decantada por la Corte Constitucional, puede concluirse la “viabilidad” de que una entidad pública, por efectos de los encargos realizados en aplicación del principio constitucional y reglas del mérito, provea mediante un nombramiento en provisionalidad el empleo que se encuentra vacante de forma temporal en su planta de personal, como quiera que la administración por estricta necesidad del servicio y con el ánimo de garantizar su adecuada prestación, actuaría bajo la excepción prevista en el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y de acuerdo con las previsiones de los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, proceder que en todo caso debe encontrarse debidamente acreditado.

En los términos expuestos, se da respuesta a su consulta, precisando que el presente concepto se emite de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015.

El presente concepto fue aprobado en sesión de Sala Plena de Comisionados del día 06 de marzo de 2018.

Cordialmente,



FRIDOLE BALLEÑ DUQUE
Comisionado

Proyectó: Miguel F. Ardila
Revisó: Clara P.