

**Función Pública**

Sentencia 00839 de 2018 Consejo de Estado

TERMINACION NOMBRAMIENTO EN ENCARGO - Recuento normativo / NOMBRAMIENTO EN ENVARGO - Presupuestos / ENCARGO EN UN EMPLEO DE CARRERA - Estabilidad laboral relativa / ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA - Su desvinculación solo se puede dar por designación de funcionario que cumplió con un concurso de méritos / ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION - Debe tener motivación / PRESUNCION DE LEGALIDAD - Desvirtuada

[U]na de las formas mediante las cuales se puede proveer los empleos de la Fiscalía General de la Nación es el encargo, el cual ocurre en los casos en que se designa, de manera temporal, a un empleado para que asuma las funciones de otro empleo que se encuentre vacante, ya sea de manera temporal o definitiva. En este caso, el término del encargo se prorroga durante el término del respectivo concurso para proveer la vacante cuando se trate de cargos de carrera, lo cual debe quedar plasmado en el respectivo acto administrativo que concede el encargo. quienes se encuentren en carrera administrativa tiene derecho a que se les encargue de los empleos que se encuentren vacantes y que han salido a concurso, siempre y cuando acrediten: (i) tener los requisitos para su ejercicio, (ii) posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, (iii) no haber sido sancionados disciplinariamente en el último año y (iv) que la última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El segundo supuesto está referido al término del encargo, el cual, no podrá ser superior a seis (6) meses. si el encargo se da por terminado y la vacante se llena con la persona que no ha superado las etapas del concurso, la entidad está en la obligación de exponer las razones que la llevan a tomar esa decisión. En el caso en estudio, como se ha dicho, el acto mediante el cual se destina a la doctora Esmeralda Barrios Zarta para desempeñarse como Fiscal 293, no señaló las razones del servicio que motivaron esa determinación, pues, simplemente se mencionaron las disposiciones legales que le atribuyen al Director Seccional de Fiscalías de Bogotá a tomar esa decisión, lo cual se considera un aspecto formal y no material respecto de la decisión que se adoptó en este asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 25000-23-25-000-2012-00839-01(3478-15)

Actor: CLARA INÉS GAITÁN AGUILAR

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Trámite:	Decreto 01 de 1984
Asunto:	Se termina el nombramiento efectuado en encargo para designar en provisionalidad

La Sala decide¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, en descongestión, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Clara Inés Gaitán Aguilar, a través de apoderado y ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la Fiscalía General de la Nación con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución N° 001792 de 1º de noviembre de 2011², por medio de la cual se efectuó la adscripción de Esmeralda Barrios Zarta como Fiscal 293 Delegada ante los jueces penales municipales de Bogotá, perteneciente a la Unidad de Delitos contra la Armonía y Unidad Familiar, cargo que se encontraba vacante por renuncia de la titular Ángela María Estrada Espinosa.

2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada que reintegre a la actora al cargo de Fiscal 293 delegada ante los jueces municipales de Bogotá, el cual ocupaba en encargo según nombramiento hecho mediante la Resolución N° 2071 de 1º de septiembre de 2011³, y se le pague la diferencia salarial, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir en el cargo de Fiscal 293; además de los daños que se le causaron con la decisión que adoptó la entidad.

Los hechos⁴

3. La situación fáctica se sintetiza de la siguiente manera: la demandante en su condición de empleada de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Asistente de Fiscal I, adscrita a la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, fue encargada para desempeñar el cargo de Fiscal 293 local.

4. Manifestó que no obstante encontrarse nombrada en encargo como Fiscal 293, la Coordinadora – Jefe de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, de manera verbal, le informó que hasta el 31 de octubre de 2011 estaría en el cargo, pues, se había nombrado a otra funcionaria que venía de Ibagué.

5. Informó que por medio del escrito SA 00012387 de 1º de noviembre de 2011, recibido el 3 de los cursantes, se le envía copia de la resolución a través de la cual se adscribe, en provisionalidad, a la doctora Esmeralda Barrios Zarta, por necesidades del servicio, por tanto, el encargo de la demandante se terminó.

6. Dijo que contra dicha decisión interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación contra la Resolución N° 001792 de 1º de noviembre de 2011, por la que se adscribió, en provisionalidad, el nombramiento de Fiscal 293 y con ello se terminó el encargo de la demandante en el mismo, los cuales se negaron.

Normas violadas y concepto de la violación⁵

7. Se invocaron como normas transgredidas los artículos 13 y 125 de la Constitución Política; la Ley 909 de 2004 en los artículos 3, numerales 2, 24, 44; Ley 7ª de 2007, en sus artículos 48, 89 numeral 2, 73, 81; la Ley 938 de 2004 en el artículo 11; el Decreto 1647 de 1991 en sus artículos 22, 25.

8. Sobre el concepto de la violación señaló que el acto acusado desconoce lo dispuesto por la Constitución Política, en lo que tiene que ver con las normas aplicables a los servidores inscritos en carrera, y no a los nombrados en provisionalidad.

9. Manifestó que existe un acto de nombramiento en encargo por vacancia definitiva, el cual se hizo por todo el tiempo que durara el concurso para proveerlo, de conformidad con la Resolución N° 01501 de 2005; y para el caso en concreto del encargo, la Resolución N° 2071 de 1º de septiembre de 2011. Agregó que en este caso no hubo motivación del acto, ya que se trasladó a una servidora nombrada en provisionalidad a la vacante definitiva, lo cual significa que el encargo no termina cuando la administración lo decida unilateralmente sino cuando cubra la vacante luego de un concurso, lo cual no se dio así.

10. Argumentó que la administración no tuvo en cuenta las directrices relacionadas con los traslados, pues, en estos casos, se debe nombrar a un servidor de carrera o de libre nombramiento y remoción sino que vinculó a una persona que no se encuentra en ninguna de esas situaciones, por lo que no se puede tener la calidad que no está dentro de la planta de personal global y flexible de la Fiscalía General de la Nación, con lo cual se lesionan sus derechos.

11. Señaló que no es justificable que la entidad termine el encargo de la actora de manera unilateral, mediante el traslado de una persona que está nombrada en provisionalidad, cuando esa vacante definitiva está ocupada por una servidora que ostenta derechos de carrera en otro cargo.

Oposición a la demanda

12. La parte demandada, Fiscalía General de la Nación, no contestó la demanda, como se establece de las constancias procesales.

La sentencia de primera instancia⁶

13. El tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, luego de valorar la prueba allegada al proceso y estudiar la normativa que regula la situación administrativa relativa al encargo de funciones, ante lo cual estableció que frente a situaciones como la sucedida en este caso, el encargo se presenta cuando se designa temporalmente a un servidor para asumir funciones de otro empleo por falta temporal o definitiva del titular; en este último caso, el encargo durará hasta por el término en que se realice el concurso para proveer la vacante, por tanto, dijo, el acto administrativo que lo concede debe señalar el término de duración.

14. Señaló que la Fiscalía General de la Nación terminó el nombramiento en encargo que ocupaba la demandante, como Fiscal 293, a través del acto acusado, el cual no contiene las razones que la llevaron a tomar esa decisión, sino que se limitó a adscribir en provisionalidad a la persona que la reemplazó.

15. Manifestó que la demandante ostenta derechos de carrera y cumple los requisitos para desempeñar el cargo de Fiscal 293, lo cual la legitima para reclamar la permanencia en él, por los menos hasta la finalización del concurso o proceso de selección, o se provea con un empleado de carrera que posea mejor derecho, o cuando se demuestre la deficiencia en la prestación del servicio, pero que siempre se debe expedir un acto administrativo motivado, en el que se expresen, de manera clara, las razones que dan lugar a la finalización del nombramiento.

16. Concluyó que como en este caso no se dieron las circunstancias contenidas en la ley, es decir, que se expresaran las razones por las cuales se remueve del encargo a la demandante, ésta debe permanecer como Fiscal 293, y, además, porque la persona que la reemplazó estaba nombrada en provisionalidad, sin ostentar derecho alguno de carrera. En consecuencia anuló el acto y condenó a la entidad a restablecer a la actora en el cargo del que fue separada y pagarle la diferencia salarial dejada de percibir desde la fecha de terminación del encargo hasta cuando se haga efectivo el reintegro al mismo, siempre y cuando en la actualidad el empleo de Fiscal 293 Local de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, no se hubiese provisto por titular de carrera administrativa que haya superado el respectivo concurso de méritos o por persona de carrera administrativa.

El recurso de apelación⁷

17. La apoderada de la Fiscalía General de la Nación impugnó la decisión de primera instancia manifestando que la entidad obró en cumplimiento de una facultad legal al dar por terminado el encargo que ocupaba la actora, según nombramiento hecho a través de la Resolución N° 001792 de 1º de noviembre de 2011.

18. En el punto relacionado con la motivación del acto señaló que ésta se requiere en aquellos casos en que se declara insubsistente a un empleado nombrado en provisionalidad, y que no se predica en aquellos casos en que se da por terminado un encargo.

19. Hizo alusión al retén social conforme a la sentencia SU 446 de 2001 de la Corte Constitucional, según la cual, se aplica en la Fiscalía General de la Nación y se da cuando se termina el nombramiento provisional para proveer el cargo mediante la lista de elegibles como resultado de los concursos de mérito, lo que no ocurre en el caso de la demandante *“pues la condición de médica (sic)⁸ que dice padecer, no implica que deba aplicarse el retén social y no pudiera darse por el terminado el encargo, de acuerdo con dicha sentencia”*.

Concepto del Ministerio Público

20. El Ministerio Público guardó silencio.

21. Agotada como se encuentra la instancia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

22. En este caso, el problema jurídico a resolver por la Sala, se circunscribe a determinar si el acto administrativo mediante el cual se retira a una persona que se encuentra ocupando un empleo en encargo debe estar motivado, esto es, consignar las razones por las cuales se adopta la decisión.

23. Para abordar el estudio del problema jurídico planteado, el análisis que realizará la Sala consistirá en revisar la normativa que regula el asunto en discusión, el análisis y valoración de la documental allegada y, finalmente, el estudio del caso concreto.

La normatividad que regula el asunto

24. Para el efecto del análisis de las normas que se encargan de regular el tema del encargo, la Sala estudiará la Ley 270 de 1996, Estatuto de la Administración de Justicia y, desde luego, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Constitución Política sobre la provisión de los empleados en las

entidades del Estado; y demás normas que regulan la carrera administrativa y que se aplican a la Fiscalía General de la Nación.

25. El artículo 125 de la Constitución Política dispone que:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción...”.

26. Conforme a la norma superior citada, los empleos en los órganos y entidades del Estado, por regla general, son de carrera y de ellos están exceptuados los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y todos aquellos que determine la ley de manera expresa. Asimismo, se tiene que los funcionarios serán nombrados por concurso público cuando el sistema de nombramiento no se haya determinado por la ley.

27. Ahora, el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se llevará a cabo previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que señale la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y el retiro se hace cuando la calificación no sea satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Y en ningún caso tendrá injerencia la filiación política del ciudadano, para ingresar a un empleo de carrera.

28. La Ley 270 de 7 de marzo 1996, promulgada el 15 del mismo mes y año, por medio de la cual se expide el Estatuto de la Administración de Justicia, en el artículo 132 se ocupó de regular las formas cómo se proveen los cargos en la Rama Judicial, así:

“ARTICULO 132. FORMAS DE PROVISION DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.
2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

3. En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

29. Según la norma anterior, los cargos en la Rama Judicial se pueden proveer a través de las siguientes formas: propiedad, provisionalidad y en encargo. La primera situación, esto es, en propiedad, ocurre cuando existe vacancia definitiva y se haya surtido y superado todas las etapas concernientes al proceso de selección respectivo, para los casos en que el cargo sea de carrera, o se trate de traslados expresamente regulados en la ley (artículo 134 de la misma ley). La segunda, es decir, en provisionalidad, se presenta cuando hay vacancia definitiva, y durará hasta que se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto; en este caso, no podrá exceder de seis meses, o también en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

30. Ahora, cuando el cargo es carrera, una vez que se ha producido la vacante, el nominador debe solicitar a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. Y cuando se trate de vacancia temporal, la designación se hará de manera directa por la respectiva corporación en los casos en que dicha vacancia sea en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales.

31. En cuanto al encargo, la misma normativa dispone que el nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, al funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad; una vez que se venza dicho término se procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

32. Ahora bien, frente a la situación administrativa del encargo, en la Fiscalía General de la Nación, se expidió el Decreto 2699 de 30 de noviembre de 1991, que es el Estatuto Orgánico de la misma, el cual al definir las situaciones administrativas del traslado y del encargo, dispuso lo siguiente:

“Artículo 76. El traslado se producirá cuando un funcionario o empleado se designe para suplir la vacancia definitiva de un cargo o para intercambiarlo con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña, de la misma naturaleza, nomenclatura y remuneración.

El traslado podrá tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el traslado o perjuicio para la buena marcha del servicio”.

33. Conforme a lo anterior, el traslado de funcionarios y empleados en la Fiscalía General de la Nación, se produce en aquellos casos en los cuales se designan con el objeto de suplir o llenar una vacante definitiva, o por intercambio con otro, en cuyo caso las funciones tienen que ser afines a las que desempeña uno y otro, de la misma naturaleza, nomenclatura y remuneración. Se trata, entonces, de requisitos que no pueden ser soslayados por el nominador. Igualmente, el origen del traslado puede ser por necesidades del servicio o a solicitud del interesado, y procede siempre y cuando no se presenten situaciones que desfavorezcan al empleado o funcionario o se perjudique el servicio a cargo de la entidad.

34. En lo relacionado con el encargo, el mismo Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, lo reguló de la siguiente manera en el artículo 78, que dice lo siguiente:

“Artículo 78. 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. Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de ésta, y en el caso de vacancia definitiva hasta por el término que dure el concurso vencido el cual el empleo deberá ser provisto conforme a las normas de ingreso al servicio previstas en este Estatuto.

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”.

35. Sobre los supuestos fácticos que consagra la norma citada y transcrita, se puede señalar los siguientes: a) El encargo tiene lugar cuando se designa de manera temporal a un empleado para que asuma, de forma total o parcial, las funciones que corresponden a otro empleo, ya sea que en éste se presente (sic) una vacante temporal o definitiva del titular; b) La persona encargada, se puede separar o no de sus propias funciones; c) Cuando se trate de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo lo desempeñará durante el término de la misma; d) En caso de que la vacancia sea definitiva, lo puede desempeñar todo el término que dure el concurso para ser proveído el cargo vacante; e) Una vez que venza el término para la proveer el empleo, éste debe ser provisto conforme a las normas de ingreso al servicio previstas en este Estatuto; f) Finalizado el encargo, la persona que está allí, de manera automática cesa en el desempeño de las funciones del empleo; y, asimismo, recupera plenamente las que corresponde al cargo del cual es titular, esto es, en caso de no estar desempeñando de manera simultánea los dos cargos.

36. Posteriormente se expide la Resolución N° 1501 de 19 de abril de 2005, “por la cual se reglamentan la situaciones administrativas (sic) y se dictan otras disposiciones para la administración de personal en la Fiscalía General de la Nación”; y en el punto referido al encargo, en el artículo 35, se dijo lo siguiente:

“Artículo 35. Encargo. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Fiscalía General de la Nación para asumir, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El cargo del cual se encarga puede ser de superior, igual o inferior categoría.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las funciones del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.

37. Señala la norma que el existe encargo al designarse, de manera temporal, a un servidor de la Fiscalía General de la Nación, para que éste asuma las funciones de un empleo que se encuentre vacante ya sea por falta temporal o definitiva del titular, y puede desvincularse o no de las funciones propias del suyo. De la misma manera, el cargo del cual es encargado el funcionario o empleado puede ser de superior, igual o inferior categoría. Asimismo cuando se venza el encargo, la persona que se encontraba ejerciéndolo, de manera automática cesa en el desempeño de las funciones, sin necesidad de acto que así lo disponga; y, además, recupera plenamente las funciones del empleo de cual es titular, en el caso de no estar desempeñándolo de manera simultánea.

38. Igualmente, y en lo que tiene que ver con el encargo, el artículo 37 de la Resolución N° 1501 de 19 de abril de 2005, precisa que el servidor encargado tiene derecho a percibir la diferencia en la remuneración durante el tiempo en que permanezca al frente del cargo, siempre y cuando el titular no la esté percibiendo, como en los casos en los cuales aquél se encuentra en licencia ordinaria no remunerada o prestando el servicio

militar y ha sido convocado en calidad de reservista. La norma es del siguiente tenor:

“Artículo 37. Las vacancias temporales o definitivas de los cargos en la Fiscalía General de la Nación podrán ser provistas mediante encargo. El servidor público encargado tendrá derecho mientras dure el encargo, a percibir la diferencia de la remuneración señalada para el empleo que desempeña temporalmente, siempre y cuando el titular no la esté devengando, o sea, cuando el titular se encuentra en licencia ordinaria no remunerada o prestando el servicio militar o haya sido convocado en calidad de reservista”.

39. Ahora, en lo que tiene que ver con el tiempo que dura el encargo, el artículo 38 *ibídem*, dice lo siguiente:

“Artículo 38. Duración. La duración del encargo está condicionada a la suerte de la vacancia a proveer, así:

1. Si se trata de proveer una vacancia temporal el encargado solo podrá desempeñar el cargo hasta por el término de ella.

2. Si se trata de proveer una vacancia definitiva el encargado solo podrá desempeñar el cargo:

a) Hasta por tres (3) meses para los cargos de libre nombramiento y remoción;

b) Hasta por el término que dure el concurso, para los cargos de carrera.

40. El artículo 38 de la normativa en análisis señala que el encargo no interrumpe el tiempo de servicio ni afecta la situación frente a la carrera. Dice la norma:

Artículo 39. El encargo no interrumpe el tiempo de servicio ni afecta la situación del servidor frente a la carrera.

41. Por su parte, el artículo 40 de la misma resolución dice que en el acto administrativo que concede el encargo, se señalará el término de duración, lo mismo si se separa o no al servidor de las funciones propias del cargo en el cual es titular. Además, el artículo 41 *ibídem*, señala que son funciones del Fiscal General de la Nación proveer, mediante encargo, los cargos vacantes de vicefiscal, secretario general, fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia y Director de Asuntos Internacionales.

42. En lo relacionado con las preferencias para la provisión de los empleos de la Fiscalía General de la Nación, mediante la situación administrativa del encargo, el artículo 42 de la Resolución N° 1501 de 2005, dispone lo siguiente:

“Artículo 42. Preferencia. Para proveer mediante encargo los empleos diferentes de los señalados en el artículo anterior, se preferirá al servidor público del área respectiva, si ello no fuere posible, se encargará a un servidor de distinta área, previa solicitud de los respectivos Directores.

Parágrafo. Cuando por ausencia del titular del cargo no se genere vacancia temporal o definitiva, se podrán asignar funciones del cargo a otro servidor”.

43. Como se observa de la disposición anterior, en la Fiscalía General de la Nación, siempre se preferirá al servidor público de la respectiva área, en los casos en que tal situación sea posible; y en caso de no ser posible designar a un empleado de la misma área, se acudirá a un área distinta, caso en el cual habrá de hacerse una solicitud a los directores respectivos.

44. Conforme a la normatividad que se ha analizado en precedencia, en este punto del estudio del presente caso, se puede señalar que una de las formas mediante las cuales se puede proveer los empleos de la Fiscalía General de la Nación es el encargo, el cual ocurre en los casos en que se designa, de manera temporal, a un empleado para que asuma las funciones de otro empleo que se encuentre vacante, ya sea de manera temporal o definitiva. En este caso, el término del encargo se prorroga durante el término del respectivo concurso para proveer la vacante cuando se trate de cargos de carrera, lo cual debe quedar plasmado en el respectivo acto administrativo que concede el encargo.

45. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales exista vacío sobre algún aspecto relacionado con la carrera administrativa, en las normas que regulan las carreras especiales, como lo es la de la Fiscalía General de la Nación, el legislador previó que en tal situación se puede acudir a las normas de carácter general de carrera administrativa. Así, en este caso, es pertinente acudir a la Ley 443 de 1998, en cuyo artículo 3º, parágrafo, se dijo lo siguiente:

“Artículo 3º.- Campo de aplicación (...)

Parágrafo 1º.- En caso de vacíos de las normas que regulan las carreras especiales a las cuales se refiere la Constitución Política, serán aplicadas las disposiciones contenidas en la presente Ley y sus complementarias y reglamentarias”.

46. Conforme a la norma anterior, la figura del encargo se consagró en los artículos 8º, 9º y 10, se reguló su procedencia y la de los nombramientos provisionales, la provisión por vacancia temporal, y la duración de uno y otro, de la siguiente manera:

“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 10º.- 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. [Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 368 de 1999.](#)

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. [Texto Subrayado declarado INEXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 372 de 1999.](#)

47. La Ley 443 de 1998 fue reglamentada mediante la expedición del Decreto 1572 de 5 de agosto del mismo año, y en lo relacionado con la situación administrativa del encargo, en el artículo 3º, se dispone lo siguiente:

“Artículo 3º.- 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.

Artículo 5º.- La provisión de los empleos de carrera a través del encargo o del nombramiento provisional no podrá ser superior a cuatro (4) meses, salvo en los siguientes casos:

1. Cuando la vacancia se produzcan (sic) como resultado del ascenso en período de prueba de un empleado de carrera, en cuyo caso tendrá la duración de dicho período y su superación, más el tiempo requerido para la realización del proceso de selección si fuere necesario.
2. Cuando la prórroga sea autorizada previamente por la Comisión del Servicio Civil en el evento de que el concurso no pueda culminarse en el término de cuatro (4) meses. En este caso, se extenderá hasta cuando se supere la circunstancia que la originó.
3. Cuando se haya autorizado por las Comisiones del Servicio Civil encargo o nombramiento provisionalmente sin la apertura de concurso.
4. Cuando se trate de proveer empleos de carrera que impliquen separación temporal de sus titulares, caso en el cual su duración será igual al tiempo que duren las situaciones administrativas que la originaron.
5. En caso de vacancia definitiva del empleo, cuando éste se encuentre provisto mediante nombramiento provisional con una empleada en estado de embarazo; en este evento, el término de duración de la provisionalidad se prorrogará automáticamente y culminará tres (3) meses después de la fecha del parto o una vez vencida la licencia remunerada, cuando en el curso del embarazo se presente aborto o parto prematuro no viable. Cuando se trate de adopción, el término del nombramiento provisional culminará tres (3) meses después de la fecha de la entrega del

menor de 7 años. En estos eventos, el concurso convocado continuará su curso y el nombramiento de quien ocupe el primer puesto será efectuado una vez venza el término de la provisionalidad.

Parágrafo.- Las prórrogas de los encargos y de los nombramientos provisionales se efectuarán mediante resolución motivada por el nominador y de ello se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.

48. De la norma anterior se puede señalar que en el inciso primero se refiere a la forma cómo se proveen los empleos de carrera y de ser necesario su provisión temporal, en aquellos casos en que se trata de un nombramiento por encargo, como es el caso que se analiza en el asunto de la referencia. Se dice en la disposición que en los casos de nombramiento de un empleo de carrera, mientras se surte el proceso de selección y la provisión del cargo es de manera temporal, los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa tienen derecho preferencial a que se les encargue en el empleo vacante; en este caso, la norma exige que se acrediten los requisitos de estudio y experiencia, lo mismo que el perfil para desempeñar el cargo. Y agrega la norma de manera perentoria que solo en aquellos casos en los cuales no fuere posible llevar a cabo el encargo, con el personal que en ese momento exista en la entidad y en el evento de que no se cumplan los requisitos de ley, se puede efectuar el nombramiento a través de la forma de la provisionalidad. Es decir, si dentro de la entidad no hay una persona que cumpla los requisitos de estudio, experiencia y perfil del cargo que queda vacante, solo en tal supuesto, el nominador puede hacer nombramientos provisionales.

49. En el año 2004, se expide la Ley 909 sobre carrera administrativa y en el artículo 3º, numeral 2º, se dispone que también se aplica, de manera supletoria, en caso de presentarse vacío en las normas que rigen a los servidores públicos de las entidades que tienen carreras especiales, como es el caso de la Fiscalía General de la Nación. Dice la norma en mención:

“Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley (...)

“2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- El que regula el personal docente.
- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República (...).”.

50. En esta normativa reguladora de la carrera administrativa también se habló de la manera cómo se aplicaría la ley de carrera administrativa de los servidores públicos en general, a los servidores de las carreras especiales, como es el caso de la entidad aquí demandada, quien tiene su propio régimen de carrera; sin embargo, en aquellos asuntos en los cuales exista vacío, se aplicará de manera supletoria la Ley 909 de 2004, pues, así lo determina el artículo 3º, numeral 2.

51. En este orden de ideas, se observa también que la Ley 909 de 2004, se refirió a la situación administrativa del encargo, para puntualizar lo siguiente:

“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.

52. De la norma en comento se establece unos supuestos para efectos de la situación administrativa de encargo. El primero de ellos está referido a que mientras se surta el proceso de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa y una vez que se ha convocado el concurso, quienes se encuentren en carrera administrativa tiene derecho a que se les encargue de los empleos que se encuentren vacantes y que han salido a concurso, siempre y cuando acrediten: (i) tener los requisitos para su ejercicio, (ii) posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, (iii) no haber sido sancionados disciplinariamente en el último año y (iv) que la última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El segundo supuesto está referido al término del encargo, el cual, no podrá ser superior a seis (6) meses.

53. Igualmente la norma del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, dice que la situación administrativa del encargo debe recaer en el empleado que se esté desempeñando en el cargo inmediatamente inferior que exista dentro de la planta de personal, con el requisito indispensable de que reúna las condiciones y exigencia previstas en la ley, pues, de lo contrario, se encargará a un empleado que acreditando los requisitos, se desempeñe en el cargo inmediatamente inferior, y así sucesivamente.

54. Pues bien, de las normas que hasta este estado del análisis se han traído a colación, se observa que todas ellas se refieren a la situación administrativa del encargo y a la manera cómo debe proveerse el mismo. Se destaca de lo analizado en precedencia que la ley previó que al encargarse a una persona de un empleo que se encuentre vacante, ya sea de manera definitiva o temporal, se le puede designar mediante encargo siempre y cuando se encuentre vinculada a la respectiva entidad, cumplir los requisitos de estar inscrita en carrera administrativa, tener las condiciones para desempeñarse en el cargo vacante, aptitudes, habilidades y que el desempeño sea sobresaliente. En cuanto al término del encargo, éste no puede superar el término de 6 meses.

55. La Sala considera que si la persona se encuentra inscrita en carrera administrativa y cumple los requisitos legales para ocupar el cargo vacante, se le podrá designar utilizando la situación administrativa del encargo, para que reemplace a la persona que se ausenta temporalmente, o de manera definitiva. Se trata, entonces, de una prerrogativa que está prevista para aquellos servidores públicos escalafonados en la carrera administrativa de la respectiva entidad, en este caso de la Fiscalía General de la Nación, mientras se surte el concurso para llenar la vacante en el caso de que ésta sea definitiva y hasta por el tiempo que dure la convocatoria para el efecto, como lo dispone el numeral 1º, literal b, del artículo 38 de la Resolución N° 1501 de 2005 o también, en caso de que sea temporal. Se agrega a lo dicho que el acto administrativo que concede el encargo debe señalar el término de su duración, según lo dispone el artículo 40 ibídem.

56. En este orden de ideas, entonces, se procederá en seguida al estudio y análisis de la prueba documental para valorarla y de ello establecer si la demandante se encuentra en el supuesto de hecho de la norma que regula la situación administrativa del encargo.

Las pruebas allegadas al proceso

57. En el expediente se encuentra fotocopia de la Resolución N° 0-0777 de 5 de abril de 2010⁹, *“por medio de la cual se da por terminados unos nombramientos en provisionalidad y se efectúan unos nombramientos en período de prueba por concurso del año 2007”*. A través de este acto, el Fiscal General de la Nación nombró, en período de prueba a la demandante, por 3 meses, en el cargo de Asistente de Fiscal I, quien se posesionó el 8 de junio de 2010¹⁰.

58. Copia de la Resolución N° 001210 de 15 de junio de 2010¹¹, *“por la cual se adscribe un servidor”*, expedida por la Directora Seccional de Fiscalías de Bogotá D.C. Mediante esta decisión se adscribió a la actora como Asistente de Fiscal I, en la Fiscalía 276 Local de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, cargo que se encontraba vacante.

59. Mediante la Resolución N° 0-2411 de 14 de octubre de 2010¹², *“por medio de la cual se efectúan unos nombramientos en propiedad en la planta global de la Fiscalía General de la Nación, con base en el resultado del concurso público de méritos realizado mediante convocatoria 005-I-2007”*, expedida por el Fiscal General de la Nación, se nombró a la demandante en el cargo de Asistente de Fiscal I, quien se posesionó el 27 del mismo mes y año¹³.

60. A través de la Resolución N° 002453 de 19 de noviembre de 2010¹⁴, *“por la cual se ratifica la adscripción de un Servidor”*, se ratifica la adscripción de la demandante en el cargo de Asistente de Fiscal I, en la Fiscalía 276 Local de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, en donde se encuentra prestando los servicios.

61. Se allegó al proceso la comunicación N° 00009880 de 25 de agosto de 2011¹⁵, mediante la cual se solicita a la Dirección Seccional Administrativa y financiera de Bogotá, que se encargue a la demandante, doctora Clara Inés Gaitán Aguilar como Fiscal 293 Local de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, por el tiempo que dure la vacante.

62. Con la Resolución N° 2071 de 1º de septiembre de 2011, *“por medio de la cual se efectúa un encargo”*, la demandante fue encargada como Fiscal 293 Local de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar. El nombramiento se hizo *“mientras dure el cargo actualmente vacante”*. La actora tomó posesión el 1º de septiembre de 2011.¹⁶

63. Obra la Resolución N° 2-3291 de 21 de octubre de 2011¹⁷, *“por medio de la cual se efectúa un traslado por necesidades del servicio”*, expedida por la Secretaría General de la entidad demandada. Mediante este acto administrativo se resolvió trasladar a la doctora Esmeralda Barrios Zarta del cargo de Fiscal Delegado ante los jueces municipales y promiscuos de Ibagué a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en provisionalidad, y por necesidades del servicio, para ocupar el cargo que la demandante desempeñaba como Fiscal 293 Local de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar.

64. Igualmente obra en el proceso la Resolución N° 001792 de 1º de noviembre de 2011¹⁸, *“por la cual se efectúa la adscripción de una*

funcionaria¹⁹. Con esta decisión se resolvió adscribir, en provisionalidad, a la doctora Esmeralda Barrios Zarta como Fiscal Delegada ante los jueces penales municipales de Bogotá, cargo que ocupaba mediante encargo la demandante, doctora Ángela María Estrada Espinosa.

El caso concreto y solución del asunto

65. Una vez que se ha analizado y valorado la prueba documental aportada al proceso, la Sala entra a tomar la decisión que solucione el asunto, es decir, si la demandante al estar ocupando el cargo de Fiscal 293 delegada ante los jueces penales de Bogotá como Fiscal 293 de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, en calidad de encargada, podía ser retirada de dicho cargo, y en su reemplazo adscribirse, en provisionalidad, a la persona que fue designada, esto es, a la doctora Esmeralda Barrios Zarta.

66. Conforme a la situación fáctica relatada, la demandante ocupaba el cargo de Asistente de Fiscal I, adscrita a la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar y fue encargada para desempeñar el cargo de Fiscal 293 local, de la misma dependencia; del cual fue separada para designarse en el mismo, de manera provisional, a una persona que no ostentaba derechos de carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación.

67. Conforme a lo anterior, la demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución N° 001792 de 1° de noviembre de 2011²⁰, mediante la cual se adoptó la decisión de adscribir a Esmeralda Barrios Zarta como Fiscal 293 Delegada ante los jueces penales municipales de Bogotá, perteneciente a la Unidad de Delitos contra la Armonía y Unidad Familiar. Este cargo se encontraba vacante, de manera definitiva, por renuncia de la persona que se encontraba al frente de la citada fiscalía. A título de restablecimiento del derecho, se solicita el reintegro al mismo cargo y el pago de la diferencia salarial, prestaciones sociales y demás emolumentos que corresponden al cargo de Fiscal 293.

68. Pues bien, de conformidad con la normativa analizada, la Sala considera en el presente asunto que la Fiscalía General de la Nación terminó el encargo de la demandante, a través de la Resolución N° 001792 de 1° de noviembre de 2011, acto en el cual si bien es cierto que contiene las razones que llevaron a la entidad a tomar la decisión también lo es que no se señaló ninguna razón frente a la situación administrativa en que se encontraba la actora, por cuanto solo se ocupó de adscribir, en provisionalidad, a la doctora Esmeralda Barrios Zarta en el cargo que ocupaba la doctora Clara Inés Gaitán Aguilar, quien se desempeñaba como Fiscal 293, en encargo. El acto acusado, en sus consideraciones expresó lo siguiente:

“...Que mediante resolución 2-3291 del 21 de octubre de 2011, la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, traslada en provisionalidad a la Doctora ESMERALDA BARRIOS ZARTA identificada con la cédula de ciudadanía 65694798 Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué a la Dirección Seccional Fiscalías Bogotá.

Que el numeral 4° del artículo 28 de la ley 938 del 30 de Diciembre de 2004, le asigna al Director Seccional de Fiscalías las funciones de dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman esta Dirección Seccional.

Que el numeral 5° del artículo 28 de la ley en mención señala que entre las funciones del Director Seccional de Fiscalías está “desarrollar acciones tendientes a mejorar la gestión de los despachos de Fiscalías”.

Que el artículo 1° de la Resolución número 0-0002 del 3 de Enero de 2005, modifica y adiciona a la Resolución 0-1141 del 10 de Julio de 2001, en el sentido de delegar al Director Seccional de Fiscalías la reorganización de las Unidades de Fiscalías Delegadas, para que se encarguen de operar el nuevo sistema Penal Acusatorio.

Que la doctora ESMERALDA BARRIOS ZARTA se presentó con oficio DSAFB 021322 del 31 de octubre de 2011, a este Despacho para efectos de su adscripción a una Fiscalía de una Unidad de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá D.C.

Que por lo anterior se adscribe en provisionalidad a la Doctora ESMERALDA BARRIOS ZARTA Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá en la Fiscalía 293 de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar...”.

69. En las consideraciones del acto acusado se mencionaron las normas que contienen las atribuciones del Director Seccional de Fiscalías de Bogotá, sin embargo, no hace alusión alguna a la situación administrativa en que se encontraba la actora, como que ella ostentaba derechos de carrera administrativa y cumplía los requisitos para desempeñarse en el cargo de Fiscal 293 de la Unidad de Delitos contra la Armonía y la Unidad Familiar, situación que la legitimaba para permanecer allí mientras se surtía el procedimiento o concurso para proveer el cargo de manera definitiva a través de la persona que ocupara el primer lugar dentro de la lista de elegibles que se confeccionara luego de culminar el respectivo proceso de selección, o cuando por diversas circunstancias tales como la deficiencia en el desempeño de las funciones asignadas o que el cargo se provea con un empleado que tenga mejor derecho, casos en los cuales la autoridad está facultada para realizar el respectivos nombramiento a través de un acto administrativo que contenga o exprese de manera clara las razones o motivos de la decisión que termina el nombramiento efectuado a través de la situación administrativa del encargo.

70. En el *sub examine*, la decisión se adoptó sin que se expresaran las razones, los motivos o las circunstancias por las cuales la demandante era retirada del cargo de Fiscal 293, y con ello se terminaba el encargo, no obstante que cumplía los requisitos para desempeñarse como tal, se encontraba inscrita en carrera administrativa como Asistente de Fiscalía I, siendo reemplazada por una persona nombrada en provisionalidad, además, de que no se surtieron las formalidades legales como era el respeto de la situación administrativa en que se encontraba la demandante, esto es, en la situación administrativa de encargo, lo cual si bien es cierto que no le otorgaba ninguna fuero de estabilidad absoluta, su remoción debió ocurrir con el nombramiento de la persona que superara las etapas del concurso de méritos para proveer el cargo de Fiscal 293 que quedó vacante ante la salida de la persona que lo ocupaba en propiedad.

71. Esta corporación²¹, en lo relativo a la situación administrativa del encargo ha señalado lo siguiente:

“...Por regla general, y por mandato constitucional (art. 125), los empleos en las entidades del Estado son de carrera, con la excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que el legislador establezca.

Al encontrarse vigente el sistema de carrera, el ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de requisitos y condiciones fijados en la ley, la que además determinará méritos y calidades que deberán acreditar quienes aspiren a ostentar uno de tales empleos.

Entonces, la provisión de un empleo de carrera, conforme al artículo 7º de la Ley 443 de 1998, se hará, previo concurso de méritos, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso.

Si no es posible proveer el cargo como se indicó anteriormente, bien (i) porque no existe lista de elegibles, o (ii) porque la que se elaboró se encuentra agotada o (iii) porque la misma se ha vencido, o (iv) porque no se ha llevado a cabo el concurso de méritos, el legislador ha consagrado unas reglas jurídicas que permiten proveerlo de manera transitoria mientras se surte el proceso de selección.

En tales casos, procedería el encargo o el nombramiento provisional, cuando de lo que se trata es de suplir una vacancia definitiva, siempre que se haya convocado a concurso para la provisión del empleo, se encuentre autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y se aduzca una justa causa para que se proceda a esa designación (arts. 8 y 10 *ibídem*).

Si bien el Constituyente de 1991, en su artículo 130, determinó que habría una Comisión Nacional del Servicio Civil, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, a excepción de las que tuvieran carácter especial, lo cierto es que dicho organismo sólo vino a estructurarse, esto es, a tener existencia material, con la expedición de la Ley 909 de 2004 (arts. 10-13).

A partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional (C-372/99)²², surgieron varios interrogantes, entre otros, el relacionado con la posibilidad de que las entidades efectuaran nombramientos en encargo o en provisionalidad, sin que se observaran presupuestos señalados en los artículos 8º y 10º de la Ley 443 de 1998, ante la falta del organismo competente que autorizara esa modalidad de designaciones (...).

En los precisos términos del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 443 de 1998, los empleados inscritos en el régimen de carrera administrativa tenían un derecho preferencial a ser encargados en un empleo de la misma naturaleza que se encontrara vacante definitivamente, eso sí, si acreditaban calidades para su ejercicio conforme al manual específico de funciones y requisitos de la entidad.

Nótese que la figura del encargo obedece a una actuación esencialmente reglada. En efecto, advertida la necesidad del servicio, la administración estaba obligada a proveer el empleo vacante con personal inscrito en el escalafón, constituyéndose así en un derecho para tales servidores, en la medida en que eran ascendidos a uno de superior categoría.

Es importante señalar que la persona que es objeto de un encargo no puede predicar derecho alguno de carrera respecto del empleo al cual es promovido. Como se sabe, no existe inscripción ni ascenso automático en la carrera.

En tanto que a la provisionalidad se acude cuando no es posible proveer el cargo de carrera con personal seleccionado mediante el sistema de mérito (art. 8 - inciso 4º - *ibídem*). Es decir, se trata de una modalidad de designación subsidiaria o supletoria de la anterior, en la medida en que primero debe agotarse la posibilidad del encargo (...).

En tal situación, puede afirmarse que la persona que se encuentra encargada de un empleo de carrera administrativa goza de cierta estabilidad laboral (art. 53 C.P.) pues, para su desvinculación, debe mediar un acto de nombramiento con la persona que superó el proceso de selección, hallándose ésta naturalmente en el orden de elegibilidad.

De igual forma, podría verse afectado - el encargo - cuando se trate de atender intereses generales (art. 209 C.P.), caso en el cual se sacrificaría su estabilidad, pues el derecho a ser promovido dentro de la función pública no resultaría oponible al principio finalístico que informa la función administrativa.

Si se han demostrado entonces los presupuestos a que hace alusión la Ley 443 de 1998, la persona designada en encargo estaría amparada por prerrogativas que le confiere el legislador y que se concretan en una cierta estabilidad, en tanto se surta el proceso de selección. De lo contrario, se estaría violando el principio de igualdad de oportunidades que le permite no solo su permanencia sino el ascenso dentro del servicio.

Si bien la preceptiva constitucional (art. 125) permite al legislador consagrar algunas causales especiales de retiro, tal delegación no puede concebirse e interpretarse como el ejercicio de una potestad absoluta pues, su regulación, encuentra límites en el mismo ordenamiento legal, como en el caso de los empleos de carrera los cuales se rigen por principios rectores que la misma Constitución consagra y ampara.

No puede olvidarse que la potestad discrecional en materia de función pública se predica, en principio, sólo respecto de los empleos de libre remoción, dada su especial condición de personal de confianza. Pero, en tratándose de personal escalafonado en carrera o en encargo, la situación varía sustancialmente, y no resultaría ajustado a derecho aplicar, en estricto rigor, las reglas de la discrecionalidad.

Entiende la Sala que si se trata de dar por terminado un encargo sin que se vaya a proveer con el titular, se vería obligada la entidad a expresar las razones del servicio que la llevaron a tomar esa determinación.

En efecto, se ha establecido como regla general que las decisiones administrativas sean motivadas, así sea en forma sumaria, si con ella se afectan intereses o derechos particulares (art. 35 del C.C.A.); y, como excepción, podrán adoptarse decisiones sin motivación alguna cuando el legislador lo autorice, como en el caso de los actos discrecionales. Pero aún así, no podrán las autoridades apartarse de los fines públicos o sociales propuestos por la norma de derecho positivo que los autoriza.

En tanto no se presente una circunstancia objetiva que materialmente impida su continuación dentro del ejercicio normal de sus funciones, no es posible acudir a la figura de la discrecionalidad. No puede dársele el mismo trato a un empleado de carrera que se encuentra en encargo que a uno de libre remoción (...).

Si se había creado a favor del demandante el derecho a permanecer en el empleo, por lo menos durante el período del encargo, no podía la administración dejar sin efecto lo ordenado en el estatuto de carrera, mediante una simple decisión unilateral, sin motivación.

No obstante, con posterioridad a esa decisión se le expresaron los que se consideraban como suficientes para dar por terminado el encargo, en el Oficio del 6 de junio de 2001, por el cual se resolvió el recurso de reposición.

Sustentación anterior que encuentra respaldo en el proceso de reestructuración que modificó la estructura organizacional de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. y que creó necesario adecuar la planta global de cargos en concordancia con los requerimientos de la nueva organización. Para tales efectos, se suprimieron algunas dependencias y empleos, como la Oficina de Organización y Desarrollo Institucional y cargos de Profesional Universitario 340-09 y de Auxiliar 565-07. Así mismo, se redistribuyeron ciertas funciones entre otras dependencias (...).

72. Como se puede observar de lo anterior, la persona que se encuentra en la situación administrativa del encargo de un empleo de carrera administrativa, no goza de estabilidad laboral absoluta sino relativa, la cual está referida a que la desvinculación de dicho encargo, solo procede mediante la expedición del acto administrativo de nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos para la provisión del cargo de carrera administrativa, por ende, si el encargo se da por terminado y la vacante se llena con la persona que no ha superado las etapas del concurso, la entidad está en la obligación de exponer las razones que la llevan a tomar esa decisión. En el caso en estudio, como se ha dicho, el acto mediante el cual se destina a la doctora Esmeralda Barrios Zarta para desempeñarse como Fiscal 293, no señaló las razones del servicio que motivaron esa determinación, pues, simplemente se mencionaron las disposiciones legales que le atribuyen al Director Seccional de Fiscalías de Bogotá a tomar esa decisión, lo cual se considera un aspecto formal y no material respecto de la decisión que se adoptó en este asunto.

73. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, la Sala considera que las razones expuestas en la sentencia de primera instancia y que llevaron al *A quo* a tomar la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda, se deben confirmar en esta instancia.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segundas - Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por la Subsección “F” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en descongestión, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora Clara Inés Gaitán Aguilar contra la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Devuélvase el proceso al tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Los consejeros

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 El proceso ingresó al Despacho el 4 de marzo de 2016 (folio 295)

2 Folio 30

3 Folio 36

4 Folio 131 y siguientes

5 Folio 133

6 Folio 185

7 Folio 212

8 La demandante no es médica sino abogada

9 Folio 2

10 Folio 3

11 Folio 9

12 Folio 11

13 Folio 14

14 Folio 16

15 Folio 19

16 Folio 22

17 Folio 27

18 Folio 30

19 Sic

20 Folio 30

21 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. 27 de septiembre de 2007. Expediente 250002325000200106730 01 No. Interno: 0439-2005. Actor: CLÍMACO ANTONIO FORERO SOLORZANO. Demandado: Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C.

22 Mediante esta sentencia se declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 443 de 1998 que había creado entidades competentes para realizar los procesos de selección. Así mismo, las disposiciones que integraban la Comisión Nacional del Servicio Civil (arts. 44, 46 y 47 ibídem).
Relatoría JORM/DCSG

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:54:44