



FUNCIÓN PÚBLICA



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000232791

Fecha: 17-09-2018 09:04 am

Bogotá D.C.

Doctora

**LUISA FERNANDA MORALES NORIEGA**

Gerente de Gestión del Talento Humano

Contraloría General de la República

Carrera 69 N° 44-35

Bogotá, D.C.

E-mail: [luisa.morales@contraloria.gov.co](mailto:luisa.morales@contraloria.gov.co); [julianmrr2703@hotmail.com](mailto:julianmrr2703@hotmail.com)

Ref. **EMPLEOS.** Encargos vacancias definitivas. Rad. Int. 20182060248832 del 14/09/2018.

Respetada doctora Luisa Fernanda.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si es viable proveer mediante encargo o nombramiento provisional una vacante definitiva de un empleo de carrera administrativa de la Contraloría General de la República, cuando no se ha convocado concurso y en caso de ser afirmativa la respuesta, cuál es el procedimiento a seguir para la provisión de los respectivos empleos, de manera atenta me permito indicar lo siguiente:

**1. El control fiscal es una función pública integral, permanente y continua**

De acuerdo con lo señalado en el artículo 267 de la Constitución Política la Contraloría General de la República es un órgano de control encargado de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración.

Es decir, la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal, el cual es entendido como una función pública, en virtud de la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control es ejercido en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Sobre la necesidad de garantizar la continuidad en el ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:



### Sentencia C-623 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz:

"(...) Ante la demostrada ineficiencia e ineficacia del control fiscal que con carácter *previo y perceptivo* venían realizando tanto la Contraloría General de la República como las contralorías regionales, el constituyente de 1991 decidió introducir algunos cambios sustanciales en esta materia, los que además de estar acordes con la concepción del Estado *social* de derecho tenía que cumplir los objetivos de interés general para los cuales fue creado, que no son otros que la protección de los bienes del Estado y del patrimonio público, la transparencia, moralidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Así pues se estableció la *vigilancia de la gestión fiscal* sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la Nación y se suprimió el *control previo y perceptivo* que fue reemplazado por el *posterior y selectivo*, que comprende: un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

"(...)"

De esta manera el constituyente estableció una forma más dinámica de control fiscal, pues del simple análisis numérico legal del gasto público pasó a controlar la gestión fiscal de la administración, esto es, el manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación, y a ejercer el control de los resultados obtenidos con el gasto, lo que permite determinar si los recursos, en verdad, se destinaron a los planes y programas para los que fueron asignados que, dicho sea de paso, deben dirigirse exclusivamente al cumplimiento de los fines del Estado o a hacer efectivos los derechos y garantías establecidos en el Ordenamiento Supremo, y se respetaron las normas presupuestales, de contabilidad y financieras que rigen la materia.

Siendo así, bien puede afirmarse que el control fiscal bajo la Constitución que hoy rige, es *integral* puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión.

Mediante la vigilancia de la gestión fiscal, es posible determinar: que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, se pueden identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales, y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente, y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos." (Negrilla fuera de texto)

### Sentencia C-103 de 2015, Magistrada sustanciadora María Victoria Calle Correa:

"El control fiscal constituye una función pública especializada, que tiene por objeto vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación, con el propósito de velar por la protección del patrimonio público.

En numerosos pronunciamientos esta Corte se ha ocupado de examinar los elementos principales del modelo de control fiscal establecido en la Constitución de 1991.<sup>[12]</sup>

(...)

Se ha destacado el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia fiscal diseñado en la Constitución. Tales rasgos se expresan, en primer lugar, en la extensión de los sujetos destinatarios del control, que no sólo comprende los diferentes niveles de la administración pública, sino que abarca a todos los particulares y entidades, de carácter público o privado, que manejen fondos o bienes de la Nación. A este respecto, la Corte ha encontrado ajustadas a la Constitución las normas que someten a vigilancia de la Contraloría



## FUNCIÓN PÚBLICA

General de la República a las empresas de servicios públicos domiciliarios[25], a las cámaras de comercio[26], a las sociedades de economía mixta[27], a las entidades territoriales en relación con sus recursos propios[28] y con los recibidos por concepto de regalías[29], al Banco de la República[30] e incluso a la propia Auditoría General de la República[31]

16. Asimismo, el carácter integral del control fiscal, al que se ha hecho referencia, supone que este no se limita a un mero control numérico y de legalidad, como ocurría bajo el anterior marco constitucional. Según lo establecido en los artículos 267 de la Constitución y 9º de la Ley 42 de 1993[32], la vigilancia fiscal comprende un control financiero[33], de legalidad[34], de gestión[35], de resultados[36], la revisión de cuentas[37] y la evaluación del control interno. Tales controles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la citada ley, se efectúan con base en criterios de *"eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos."*

17. Por último, la naturaleza del control fiscal comporta que este tenga lugar en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales. En tal sentido, esta Corporación ha señalado que *"contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos. (...)"* (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se infiere que el control fiscal externo que lleva a cabo la Contraloría es amplio, integral y continuo. Dicho control comprende dos actividades o momentos diferenciados que deben ser desarrollados de manera **continua y permanente**: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal, razón por la cual el estado está en la obligación de dotar a la entidad del personal suficiente que garantice el cumplimiento de sus funciones de manera efectiva y eficaz.

### 2. Finalidad de la carrera administrativa

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público. La excepción de la aplicación de la carrera administrativa son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que determine la ley.

El Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de regular la carrera administrativa, como mecanismo de acceso a las entidades y órganos del Estado, teniendo como único parámetro, garantizar los principios y valores que inspiran la Carta fundamental, entre ellos el derecho a la igualdad.



La Corte Constitucional ha reiterado en sus sentencias<sup>1</sup> que la institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y aportando así mismo a la modernización y racionalización del Estado.

En la sentencia C-288 de 2014, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se indicó:

*“La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta.”*

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el ejercicio de la potestad del Legislador para regular los requisitos de acceso a cargos públicos tiene como finalidad salvaguardar el interés general, garantizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos del artículo 209 Superior y propender por el logro de los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política.

### **3. Finalidad de los encargos y nombramientos provisionales**

Los encargos y nombramientos provisionales son mecanismos transitorios de provisión de empleos vacantes de carrera administrativa, mientras se puede hacer su provisión definitiva.

Con respecto a la figura del encargo, la sentencia C – 1175 de 2005, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, señaló:

*“Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación”.*

Afirma la Corte Constitucional que para garantizar el principio del mérito, en el procedimiento se deberá permitir que aquellas personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan

---

<sup>1</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-753 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería



## FUNCIÓN PÚBLICA

los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública, puedan acceder de manera preferente a los empleos vacantes, pues su previa selección a través de un procedimiento de concurso garantiza su idoneidad.

Ahora bien, con respecto a su constitucionalidad de los nombramientos provisionales, la Corte Constitucional, en sentencia C-077 de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería, señaló:

"La realización del 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.

Por otra parte, 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.

Por estas razones, con un criterio racional y práctico se impone 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.

Acerca del carácter esencialmente temporal del nombramiento provisional la Corte Constitucional ha expuesto que su jurisprudencia *"privilegia su temporalidad, a fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.[6] En este sentido se rechazan las prórrogas injustificadas de los nombramientos provisionales, por cuanto "la prórroga debe ser la estrictamente necesaria para que se superen las circunstancias que dieron lugar a la suspensión del concurso y, se debe proceder a reanudarlos en forma inmediata, de manera tal, que el concurso de méritos, sea el instrumento previo, idóneo y esencial, para la provisión de los cargos públicos; porque, de no ser así, se daría lugar a la aplicación de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial, tanto de la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, como de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el evento de que omita las funciones que la Constitución Política le ha otorgado. Por tanto, se debe garantizar ante todo, la continuidad del servicio público[7]. (...)".[8]*

(...)

Se observa que en esta forma el nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva en un cargo público de carrera no atenta contra la integridad y la regularidad del concurso público de méritos y, por el contrario, permite su realización y por tanto el logro de sus fines y protege el derecho de 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, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales (...). (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, el nombramiento en provisionalidad y el encargo, como mecanismos transitorios para proveer las vacantes temporales o definitivas, no afecta el ingreso por mérito ni la carrera administrativa, por cuanto son mecanismos temporales, que buscan garantizar la continuidad del servicio.



#### 4. Normas de la carrera especial de la Contraloría General de la República

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal que tiene un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de sus servidores, según lo establece el numeral 10 del artículo 268 de la Constitución Política.

El Decreto ley 268 de 2000, por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República, establece lo siguiente con respecto a la provisión de los empleos de carrera:

*"ARTICULO 12. PROVISION DE LOS EMPLEOS DE CARRERA. La provisión de los empleos de carrera se hará, previo concurso abierto, por nombramiento en período de prueba.*

*ARTICULO 13. PROVISION DE CARGOS DE CARRERA VACANTES EN FORMA DEFINITIVA. En caso de vacancia definitiva, si existiere lista de elegibles vigente, se procederá al nombramiento en período de prueba. Si no existiere, el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso.*

*Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, 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.*

*Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.*

*PARAGRAFO. Salvo las excepciones previstas en este decreto, 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.*

*ARTICULO 14. PROVISION 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.*

*ARTICULO 15. DURACION 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 los cuatro (4) meses.*

*Cuando por circunstancias debidamente justificadas ante el Consejo Superior de Carrera, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse hasta por cuatro (4) meses más y por una sola vez, previo concepto del Consejo Superior de Carrera.*

*PARAGRAFO. Podrán realizarse encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, sin la apertura de concursos, por el tiempo que sea necesario, en los casos en que por autoridad competente se ordene la reestructuración o reforma de la planta de personal de la Contraloría General." (Negrilla fuera de texto)*

De acuerdo con las normas transcritas, se concluye que la provisión definitiva de los empleos de carrera se hará, previo concurso abierto, por nombramiento en período de prueba si existiere lista de elegibles vigente.

De no existir lista de elegibles, la norma plantea 2 formas de provisión:



## FUNCIÓN PÚBLICA

1. A través de encargo de empleados de carrera si acreditan los requisitos para su desempeño
2. Mediante nombramiento provisional, en caso de que no sea posible realizar el encargo. Se entiende que el nombramiento tiene carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Señala el artículo 13 del Decreto ley 268 de 2000 que mientras se surte el proceso de selección, es decir, el concurso de méritos, como es el caso planteado en su consulta, la provisión temporal de la vacancia definitiva del empleo de carrera debe hacerse mediante encargo. A su vez, el cargo del cual es titular el empleado encargado, puede ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular.

### 5. Caso concreto

Según la información aportada a su consulta, en la actualidad la Contraloría General de la República tiene 318 vacantes definitivas distribuidas en las áreas misionales de la entidad, que aún no han sido provistas dado que no se ha podido convocar el concurso público de méritos por razones de índole presupuestal. Por tanto, consulta si es viable proveer mediante encargo o nombramiento provisional una vacante definitiva de un empleo de carrera administrativa de la Contraloría General de la República, cuando no se ha convocado concurso y en caso de ser afirmativa la respuesta, cuál es el procedimiento a seguir para la provisión de los respectivos empleos.

Como se ha observado, el control fiscal que adelanta la Contraloría General de la República es una función pública de carácter integral, continuo y permanente, y para su ejercicio requiere contar de personal idóneo para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado social de derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

Por otra parte, la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el artículo 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2º ibídem.

De acuerdo con las normas especiales de carrera en la Contraloría General de la República, en caso de vacancia definitiva del empleo de carrera, si existiere lista de elegibles vigente, se procederá al nombramiento en período de prueba. Si no existiere, el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso.

Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional, así mismo, señala el decreto ley 268 de 2000 que "*Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán*



*ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional” Igualmente señala que “El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular.”<sup>2</sup>*

Analizada la anterior disposición, en criterio de esta Dirección Jurídica, consideramos viable la interpretación que el inciso segundo del citado artículo 13 del Decreto ley 268 de 2000, consagra la posibilidad de encargar en las vacancias definitivas a los empleados de carrera, que acrediten los requisitos para su desempeño, mientras se adelanta la convocatoria a concurso, lo anterior en aras de garantizar la continuidad en la prestación del control fiscal, el cual es de carácter continuo y permanente.

La figura para proveer las vacancias definitivas, en primer lugar, debe efectuarse con personal de carrera administrativa, con el fin de garantizar el principio del mérito, pues la previa selección del personal que ostenta derechos de carrera a través de un procedimiento de concurso garantiza su idoneidad.

Los empleos que queden vacantes temporalmente por la situación administrativa de encargo de sus titulares, podrán ser provistos en provisionalidad mientras sus titulares permanezcan en dicha situación.<sup>3</sup>

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

*Mónica L. Herrera Medina*  
**MONICA LILIANA HERRERA MEDINA**  
Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

Mónica Herrera/MLH/GCJ

12602.8.4

---

2 Artículo 13 del Decreto 268 de 2000.

3 ARTICULO 14. PROVISION 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.