



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001-03-25-000-2019-00617-00 (4743-2019)
Actor: JUAN PABLO SALDARRIAGA PLAZA
Parte demandada: Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y otro
Medio de control: Nulidad simple del artículo 137 CPACA
Tema: Derecho preferencial de encargo

La Sala decide la demanda de nulidad presentada por el demandante, en ejercicio del medio de control de legalidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, contra el numeral 1° (parcial) de la Circular N° 20191000000117 del 29 de julio de 2019 proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Juan Pablo Saldarriaga Plaza actuando a nombre propio, interpuso el medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 CPACA contra el numeral 1° (parcial) de la Circular N° 20191000000117 de 29 de julio de 2019 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil en adelante CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública en adelante DAFP¹.

Mediante escrito separado, el demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo parcialmente acusado de nulidad.

1.1. El acto administrativo acusado

¹ Folios 2-11



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

Es del siguiente tenor literal, destacando con subrayado el aparte demandado²:

“CIRCULAR N°: 20191000000117

PARA: Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, de los Sistemas Específicos o Especiales de origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.

DE: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

ASUNTO: Por la cual se imparten lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la Ley – procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos.

FECHA: 29 de julio de 2019

Conforme lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, *“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto –Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”*, modificatorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, la CNSC y el DAFP, en uso de las funciones conferidas en los artículos 11, 12 y 14 de la Ley 909 de 2004, proceden a emitir los siguientes lineamientos:

1. Derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera administrativa del Sistema General, Sistemas Específicos o Especiales de origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.

Los servidores de carrera tienen el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, siempre que acrediten los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019.

Duración del encargo: el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, modificatorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, eliminó la previsión *‘(...) y una vez convocado el respectivo concurso (...), por lo que con independencia de que el empleo haya sido convocado a proceso de selección, el mismo debe ser provisto mediante encargo, situación administrativa que no contempla término definido, toda vez que la modificación normativa también eliminó la expresión ‘El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses’*.

No obstante, el nominador a través de resolución motivada, podrá dar por terminado el encargo, entre otras, por las siguientes razones:

- Por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 (órdenes de provisión definitiva, el cual incluye el nombramiento en período de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección).

² Folios 21-24 esta circular aparece publica en la web oficial de la Comisión Nacional del Servicio Civil



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

- Imposición de sanciones disciplinarias consistentes en suspensión o destitución.
- La calificación definitiva no satisfactoria en la Evaluación del Desempeño Laboral del encargado.
- La renuncia del empleado al encargo.
- La pérdida de derechos de carrera.
- Cuando el servidor de carrera tome posesión para el ejercicio de otro empleo.

El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, prevé que si al momento de realizar el proceso de provisión transitoria de empleos de carrera, la entidad no cuenta con servidores titulares de derechos de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente, el encargo debe recaer en el servidor con derechos de carrera que tenga la más alta calificación "(...) descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio (...)", en consonancia con el sistema de evaluación de desempeño laboral propio adoptado por la entidad o por el sistema tipo definido por la CNSC.

En este punto, cabe precisar que los incisos primero, segundo y tercero del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, prevén una única regla, la cual determina que el encargo es el mecanismo de provisión preferente para cubrir de forma transitoria los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, Art. 25 Ley 909 2004, con servidores de carrera administrativa.

Titulares del derecho de encargo: el encargo deberá recaer en el servidor de carrera administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior, siempre que cumpla con los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

En tal orden, el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 906 de 2004; en ausencia del servidor con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria. Este procedimiento deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá al nombramiento provisional.

Para el caso específico del Sistema de Carrera Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, por estar reglamentado por el Decreto Ley 1144 de 2019, y ser esta una norma especial, el reconocimiento del derecho a encargo, atenderá a lo señalado en el inciso primero del literal a) del numeral 22.2 del artículo 22 de ese decreto ley (...)." (texto subrayado es lo demandado, lo que está en negrita es del texto original)

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Luego de efectuar el demandante un recuento fáctico y normativo que antecedió la expedición del acto administrativo acusado parcialmente de nulidad, afirmó que



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

adolesce de nulidad al transgredir las normas en que se debieron fundar entre ellas, a nivel constitucional los artículos 113 y 150 numeral 1° y a nivel legal, porque vulnera el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 y el artículo 2.2.5.5.42 del Decreto Ley 1083 del 26 de mayo de 2015.

Sustenta su inconformidad en los siguientes cargos:

1.2.1. En cuanto a la violación de los artículos 113 y 150 del numeral 1° de la Carta Política, considera el demandante que se evidencia, porque las entidades demandadas se atribuyeron una competencia exclusiva del Congreso a quien le corresponde interpretar, reformar y derogar las leyes.

Lo anterior, por cuanto transformaron el procedimiento para la provisión de los encargos creados por la Ley, mediante la expedición de actos administrativos que no pueden suplantar o desconocer la función del legislador. Tal hecho conduce al desconocimiento de la división tripartita del poder público y del principio de separación entre las ramas y órganos invadiendo el ejecutivo la órbita del legislador, al extralimitarse en sus funciones

1.2.2. Respecto de la transgresión del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 considera el accionante que se evidencia, *“por cuanto la ley no estipuló que el procedimiento de revisión de requisitos deba realizarse ‘sucesivamente’ descendiendo en la planta, ya que la ley en mención establece que en el evento en que NO haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, y en ningún aparte señala que dicho procedimiento deba hacerse sucesivamente descendiendo en la planta, situación que es contraria a lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019”*.

El demandante endilgó también la causal de nulidad de falta de competencia al ser expedido el acto parcialmente acusado, por la señora Comisionada Presidente de la CNSC y por el Director del DAFP, quienes no tienen competencia para determinar a través de actos administrativos, la interpretación, reforma y derogación de leyes, atribución que le fue reconocida exclusivamente al Congreso de la República.



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

1.2.3. Violación del artículo 2.2.5.5.42. del Decreto Ley 1083 de 26 de mayo de 2015, se evidencia según el demandante *“por cuanto el mismo señala que el procedimiento para el encargo en empleos de carrera debe ajustarse a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, así como en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten, situación que desconoce la CNSC y el DAFP”*.

2. Trámite Procesal

La presente demanda fue incoada directamente ante la Secretaría de esta Sección el 29 de agosto de 2019³ siendo repartida a este Despacho el 4 de septiembre siguiente. Mediante Auto del 17 de junio de 2020 se admitió la demanda y se ordenó la notificación personal a los directores de la CNSC y del DAFP en calidad de demandados, igualmente dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado⁴.

Mediante Auto del 14 de septiembre de 2021 se corrió traslado a la contraparte de la medida cautelar solicitada por el demandante, tendiente a la suspensión provisional de la Circular Conjunta parcialmente acusada, siendo ejercida la réplica de manera independiente tanto por la CNSC como por el DAFP⁵.

En esta misma fecha, es decir el 14 de septiembre de 2021 el Despacho emitió auto en el que se declaró sin vocación de prosperidad la excepción alegada por el DAFP, al considerar que contrario a lo entendido por la accionada, la Circular parcialmente enjuiciada si es susceptible del presente control de legalidad por contener decisiones que afectan a los administrados en sus derechos sustantivos y procedimentales. En cuanto a la excepción denominada “legalidad” propuesta por la CNSC, dispuso que su resolución se difería a la sentencia, por atacar el fondo del asunto⁶.

Mediante Auto del 5 de junio de 2023, el Despacho se pronunció al efectuar control de legalidad en el que dispuso tener como pruebas las documentales aportadas por las partes, al tiempo que prescindió del mayor término probatorio y

³ Folio 25

⁴ Folios 27 y 27 vuelto

⁵ Folio 25 Cuaderno Medida Cautelar

⁶ Folios 37-39 vuelto



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

de la audiencia inicial dado que el asunto en discusión es de puro derecho y las partes no solicitaron práctica de pruebas⁷.

3. Suspensión provisional

A través de Auto del 5 de junio de 2023 el despacho ponente negó la medida cautelar promovida por el demandante⁸, a través de la cual solicitaba la suspensión provisional de la Circular Conjunta N° 20191000000117 del 18 de julio de 2019 proferida por la CNSC y el DAFP.

Lo anterior, al considerar que el asunto objeto de nulidad es de pleno derecho y que, si bien las normas invocadas como vulneradas contienen reglas relativas a la función pública y a la situación administrativa del encargo, el aparte acusado de nulidad es de naturaleza instructiva y por sí sola no se evidenció hasta esa altura procesal, transgresión de normas constitucionales ni legales, ni la falta de competencia ni el exceso en el ejercicio de funciones, por cuanto a las entidades demandadas les corresponde ejercer la función prevista en el acto demandado.

4. Contestación de la demanda

4.1. Por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil

El apoderado de la entidad el día 13 de enero de 2021 remitió vía correo electrónico, memorial en el que se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó fueran negadas, con fundamento en las siguientes razones⁹:

En primer lugar, se refirió a la naturaleza jurídica y a las funciones de la CNSC a la luz de la Ley 909 de 2004, con el fin de controvertir el cargo relativo a la supuesta falta de competencia de la entidad para emitir circulares instructivas orientadas a la correcta aplicación de las normas de carrera administrativa. Posteriormente refirió comentarios relativos a la figura del encargo y la aplicabilidad por las entidades destinatarias, de los lineamientos a tener en cuenta cuando tengan que reconocer tal derecho.

⁷ Folios 41-43 vuelto

⁸ Folios 26-30 Cuaderno Medida Cautelar

⁹ Índice 9 aplicativo SAMAI



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

En segundo término, discrepó en cuanto al cargo relativo a la violación de los artículos 113 y 150 numeral 1° de la Constitución Política, por cuanto la entidad junto con el DAFP no se abrogaron la facultad reconocida exclusivamente al legislador de expedir las leyes. Aunado a lo anterior, afirmó que el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 no contempló un procedimiento para el reconocimiento de un encargo, como erradamente lo cuestionó el accionante.

El apoderado de la CNSC desestimó la supuesta violación del artículo 1° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, por cuanto no se puede acoger la interpretación que hace el demandante a la figura del encargo al limitarla en los términos en los que la propone, por cuanto conllevaría la vulneración de los derechos de carrera al privilegiarse el nombramiento provisional sobre el encargo.

Finalmente se opuso a la nulidad endilgada en contra del artículo 2.2.5.5.42 del Decreto 1083 de 2015, por cuanto la Circular Conjunta parcialmente demandada no lo transgredió al limitarse a adoptar medidas para garantizar la correcta aplicación de los principios del mérito e igualdad.

Propuso la excepción denominada “legalidad”, al considerar que la CNSC emitió el acto acusado con fundamento en sus facultades asignadas por los artículos 125 y 130 de la Constitución Política y en el artículo 11 literal h) de la Ley 909 de 2004, así como en los de la Ley 1960 de 2019.

4.2. Por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública

El apoderado designado por la entidad para el ejercicio de su defensa, remitió por correo electrónico el 12 de enero de 2021 memorial en el que solicitó se emita en el presente caso fallo inhibitorio, al considerar que el acto acusado no es susceptible de crear, modificar o extinguir una situación jurídica o en su defecto se niegue la nulidad del numeral 1° parcial de la Circular Conjunta objeto de demanda¹⁰.

¹⁰ Índice 10 aplicativo SAMAI



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

La anterior petición la sustentó, con fundamento en precedentes jurisprudenciales proferidos por esta misma Sección según los cuales, las circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante esta jurisdicción, sólo si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos, porque si se trata de actos que se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias, no es susceptible de control de legalidad¹¹.

Indicó que, en el presente caso el acto acusado de nulidad parcial se limitó a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, pero no contienen decisiones por lo que no puede ser objeto de pronunciamiento judicial.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública

Mediante escrito allegado el 11 de julio de 2023 la entidad reiteró que las circulares, en este caso, la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 2019, no es pasible del control jurisdiccional, al no tener la virtud de producir efectos jurídicos externos, distintos a impartir instrucciones para la correcta aplicación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, aunado a que tanto la CNSC como el DAFP, están autorizados para expedir instructivos en los temas de su competencia, por lo que solicitó se emita un fallo inhibitorio o en caso de no aceptarse esta tesis, se nieguen las pretensiones de la demanda¹².

5.2. Por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil

Insistió el apoderado de la demandada a través de escrito allegado el 18 de julio de 2023, que la Circular Conjunta objeto de nulidad parcial, no fue expedida por las demandadas asumiendo la función propia que corresponde al Congreso de la República, como quiera que no legislaron ya que no modificaron ni alteraron la Ley 1960 de 2019, apenas lo que procuraron fue ilustrar a sus destinatarios de la norma en pro de la correcta aplicación de la figura del encargo. Por tanto, no se transformó ningún procedimiento preexistente, en vista de que la Ley 1960 de

¹¹ Sentencia del 17 de mayo de 2012 radicación número: 11001-03-25-000-2008-00116-00 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

¹² Índice 37 SAMAI



2019 no lo contempló contrario a lo manifestado por el actor pero que no lo sustentó con prueba alguna. Así las cosas, el acto acusado no incurrió en causal de nulidad¹³.

El Ministerio Público no emitió concepto¹⁴.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Como la Circular N° 20191000000117 del 29 de julio de 2019 es un acto administrativo expedido por dos autoridades del orden nacional, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso privativamente y en única instancia conforme con el numeral 1° del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁵.

2. Problema Jurídico

Conforme los planteamientos y cargos planteados por el demandante, el problema jurídico se contrae a establecer: i) si el aparte demandado del numeral 1° de la Circular N° 20191000000117 del 29 de julio de 2019, incurrió en las causales de nulidad de desconocimiento de las normas en que debió expedirse entre ellas los artículos 113 y 150 superiores, al atribuirse tanto la CNSC como el DAFP una facultad propia y exclusiva del Congreso de la República desconociendo el principio de la división de las ramas del poder público; ii) si los funcionarios que suscribieron el acto administrativo, carecían de competencia para expedirlo, por cuanto su contenido corresponde a un asunto que debía estar consignado en una ley y no en un acto administrativo y; iii) si fueron vulnerados el artículo 1° de la Ley

¹³Índices 38 SAMAI

¹⁴Folio 45

¹⁵ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 2080 de 2021. Consultar régimen de vigencia y transición normativa en el artículo 86. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que el reglamento disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. De la nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, o por las personas o entidades de derecho privado que cumplan funciones administrativas en el mismo orden, salvo que se trate de actos de certificación o registro, respecto de los cuales la competencia está radicada en los tribunales administrativos.



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

1960 de 2019 y el artículo 2.2.5.5.42 del Decreto 1083 de 2015, en la medida en que se violentó el procedimiento establecido para el reconocimiento de los encargos.

Para resolver los anteriores planteamientos la Sala desarrollará los siguientes aspectos: 2.1. Cuestión previa. Naturaleza jurídica de la Circular N° 20191000000117 de 2019; 2.2. Marco legal del encargo en el ámbito laboral administrativo y; 3. Resolución del caso concreto.

2.1. Cuestión previa. Naturaleza jurídica de la Circular No. 20191000000117 de 2019

Sin perjuicio de que el Despacho mediante auto del 14 de septiembre de 2021, declaró sin vocación de prosperidad la excepción alegada por el DAFP porque a juicio de esta entidad la Circular No. 20191000000117 de 2019 no era pasible del presente control jurisdiccional, la Sala considera necesario pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de este acto administrativo, por cuanto la entidad demandada al descorrer el término para alegar de conclusión, reiteró y solicitó de esta instancia judicial emitiera fallo inhibitorio.

Para resolver el tema, resulta pertinente tener presente qué se entiende por Circular y cuál es su cometido en la administración pública. En concepto emitido precisamente por el Departamento Administración de la Función Pública planteó la siguiente definición: *“La Circular es una comunicación emitida por una autoridad superior a una inferior sobre un tema y con un propósito específico. Este documento es empleado para transmitir instrucciones y decisiones y así mismo tienen el carácter de obligatorias para los subordinados, sin tener las características de reglamento. Las circulares deben expresar el criterio jurídico o interpretación que un órgano administrativo formula en textos un tanto complejos sobre la legislación que aplica¹⁶”*.

Por su parte, a nivel jurisprudencial la Sección Primera de esta Corporación efectuó el siguiente aporte¹⁷:

¹⁶ Concepto 100921 del 3 de marzo de 2021

¹⁷ Sentencia del 19 de marzo de 2009 radicación número: 11001-03-25-000-2005-00285-00 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta



No. Interno: 4743-2019
Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

“Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda”.

Traslapadas las anteriores consideraciones al caso *sub judice*, la Sala se ratifica en el sentido de que la Circular 20191000000117 de 29 de julio de 2019 sí constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, puede ser objeto del presente control jurisdiccional.

Lo anterior, por cuanto su cometido no es otro que el de impartir lineamientos a los representantes legales y jefes de unidades de personal de entidades del sistema general de carrera administrativa y de los sistemas específicos o especiales de origen legal y de los sistemas especiales a los que por orden de la ley se les aplica la Ley 909 de 2004, en lo que tiene que ver con la Ley 1960 de 2019 puntualmente para el tema de la vigencia de la ley y los procesos de selección, el informe de vacantes definitivas y **los encargos**, tema este último objeto de inconformidad planteado por el demandante.

Por lo expuesto, resulta claro que la Circular parcialmente impugnada se configura como un acto administrativo de carácter general pasible del presente control de simple nulidad ante esta jurisdicción, motivo suficiente para no acoger la petición del DAFP de emitir fallo inhibitorio, sino que se entrará a resolver el fondo de los cargos de nulidad planteados por el demandante.

2.2. Marco legal del encargo en el ámbito laboral administrativo

En la doctrina administrativa laboral se ha considerado que el encargo puede mirarse como una situación administrativa preferente para la provisión transitoria de los empleos vacantes del sistema de carrera, igualmente se puede afirmar, que el encargo es una institución transitoria que se erige como una herramienta con la que cuenta la Administración Pública, para evitar el incumplimiento de las



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

funciones propias del empleo cuyo titular está ausente con el objetivo de evitar el desmejoramiento en la prestación del servicio.

En cuanto al fundamento constitucional de la situación administrativa del encargo, se encuentra en el inciso segundo del Artículo 123 de la Carta Política al prescribir: *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*, de allí que es indiscutible su participación activa en el cumplimiento de los fines del Estado.

Por su parte, a nivel legal el encargo encuentra su fundamento en la Ley 443 de 1998¹⁸ derogada por la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, que en su texto original lo reglamentó en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 24. 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.” (los apartes subrayados fueron suprimidos mediante legislación del año 2019)

Esta disposición normativa fue modificada por el artículo 1° de la **Ley 1960 del 27 de junio de 2019** *“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* así:

¹⁸ *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.”*



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

“Artículo 1°. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos, 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 es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos 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, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.”

Comparadas las anteriores disposiciones normativas encuentra la Sala, que en el texto modificado de la Ley 1960 de 2019, fueron suprimidos los siguientes apartes que traía el texto original del artículo 24 de la Ley 909 de 2004: “(...) y una vez convocado el respectivo concurso (...)” también se suprimió “El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses”, contenidas ambas en el primer inciso de la mencionada norma.

Del mismo modo, el inciso 2° del artículo 24 modificado por la Ley 1960 de 2019, amplió el supuesto normativo para la aplicación del derecho de encargo que bajo la óptica de la Ley 909 de 2004, se predicaba respecto de los servidores de carrera que acreditaban los requisitos del artículo 24 *ídem* con evaluación de desempeño laboral en el nivel sobresaliente, mientras que la Ley 1960 de 2019 lo amplió a otro nivel, asunto este que será objeto de desarrollo a continuación.



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

3. Resolución del caso concreto

El señor Juan Pablo Saldarriaga Plaza en ejercicio del medio de control de nulidad objetiva, a pesar de que dice demandar el numeral 1° de la Circular N° 20191000000117 de 18 de julio de 2019 (sic) siendo 29 del mismo mes y año, lo cierto es que su inconformidad la centra en uno de los incisos de dicho numeral, en particular en el que tiene que ver con la orden que le fue atribuida al área de Talento Humano o de Personal –de las entidades sometidas a carrera administrativa sin importar el sistema pero que son destinatarias de la Ley 909 de 2004-, para garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo.

Es pues bajo esta óptica que la Sala entrará a resolver cada uno de los cargos en que finca el accionante la presente nulidad.

3.1. En cuanto a la vulneración de los artículos 113 y 150 numeral 1° de la Constitución Política

Considera el demandante que estas normativas constitucionales resultan transgredidas por el aparte demandado de la Circular 20191000000117 del 29 de julio de 2019, en la medida en que tanto la CNSC como el DAFP se abrogaron una facultad propia del Congreso de la República, toda vez que modificaron el procedimiento establecido por el legislador, para la provisión de los encargos en los empleos de carrera.

Aduce también el accionante que, en virtud de lo anterior se vulneró la consagración tripartita del poder público y el principio de la separación de las ramas y de los órganos que lo integran, porque las autoridades demandadas invadieron la competencia propia del legislador.

Sea lo primero señalar que en efecto la Circular 20191000000117 del 29 de julio de 2019 fue expedida de manera conjunta por la CNSC y el DAFP, que como cualquier documento en este caso acto administrativo, contiene una comunicación emitida por estas dos autoridades a un grupo poblacional en la que les transmiten un asunto en particular.



Examinada la Circular parcialmente demandada, observa la Sala que tanto la CNSC como el DAFP, lo que hacen es impartir lineamientos a los representantes legales y jefes de unidades de personal de las entidades del sistema general de carrera Administrativa, de los sistemas específicos o especiales de origen legal y de los sistemas especiales a los que por orden legal se aplica la Ley 909 de 2004, respecto de la aplicación de las disposiciones de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 en lo que tiene que ver con los procesos de selección, el informe de las vacantes definitivas y los encargos.

Repárese que el acto administrativo acusado fue expedido el 29 de julio de 2019, es decir, recién transcurrido un mes luego de la expedición de la Ley 1960 el 27 de junio anterior, régimen que modificó varios preceptos normativos de la Ley 909 de 2004, entre estos, el artículo 24 relativo al encargo, textos ya transcritos en el acápite anterior.

Pese a que el demandante manifiesta su inconformidad con el numeral 1° de la Circular 20191000000117, en el que se establecen los lineamientos del derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera, se indica el tiempo de duración y quienes son los titulares del derecho de encargo, lo cierto es que el señor Saldarriaga Plaza no enjuicia la integridad del numeral 1° sino apenas uno de sus incisos.

Es así como entiende el accionante que en el numeral 1° demandado –que no es en su integridad se recalca-, señala un procedimiento para la revisión de los requisitos que deben cumplir los servidores públicos aspirantes al encargo, creando una situación jurídica contraria a la planteada en la Ley 1960 de 2019, instando las entidades demandadas a las áreas de Talento Humano o unidades de personal, a actuar de manera contraria a la mencionada legislación. De allí que –dice el actor- la CNSC y el DAFP se excedieron en el ejercicio de sus funciones, por cuanto no son competentes para interpretar, reformar y derogar leyes, al ser privativa del Congreso de la República.

La Sala no acoge la anterior interpretación efectuada por el demandante, por cuanto el ejercicio de la instrucción impartida en el acto administrativo parcialmente acusado, no implicó en modo alguno la reforma de las disposiciones



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

normativas que regulan el encargo, en particular, del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019.

Para una mejor comprensión del tema, resulta ilustrativo el siguiente cuadro comparativo:

Ley 1960 de 2019	Circular N° 20191000000117 de 2019
<p>ARTÍCULO 1o. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:</p> <p>Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos, 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 es sobresaliente.</p> <p>En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación <u>sobresaliente</u>, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones <u>descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio</u>, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.</p> <p><u>El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.</u></p> <p>Los cargos 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.</p> <p>En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.</p> <p>PARÁGRAFO 2o. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante</p>	<p>1. Derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera administrativa del Sistema General, Sistemas Específicos o Especiales de origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.</p> <p>Los servidores de carrera tienen el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, siempre que acrediten los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019.</p> <p>(...)</p> <p>El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, prevé que si al momento de realizar el proceso de provisión transitoria de empleos de carrera, la entidad no cuenta con servidores titulares de derechos de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente, el encargo debe recaer en el servidor con derechos de carrera que tenga la más alta calificación "(...) descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio (...)", en consonancia con el sistema de evaluación de desempeño laboral propio adoptado por la entidad o por el sistema tipo definido por la CNSC.</p> <p>(...)</p> <p>En este punto, cabe precisar que los incisos primero, segundo y tercero del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, prevén una única regla, la cual determina que el encargo es el mecanismo de provisión preferente para cubrir de forma transitoria los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, Art. 25 Ley 909 2004, con servidores de carrera administrativa.</p> <p>Titulares del derecho de encargo: el encargo deberá recaer en el servidor de carrera administrativa que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior, siempre que cumpla con los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último</p>



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

<p>a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.</p> <p>(Negritas y subrayados nuestros para comparar)</p>	<p>año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.</p> <p><u>En tal orden, el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, deberá revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004; en ausencia de servidor con evaluación en el nivel sobresaliente, el derecho se predica respecto del servidor que en el mismo nivel cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación satisfactoria. Este procedimiento deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta y en caso de no encontrar un servidor que cumpla con los requisitos ya citados procederá el nombramiento provisional.</u></p> <p>(...)"</p> <p>(El aparte subrayado es el demandado de nulidad, mientras que las negritas son destacado nuestro)</p>
---	---

En cuanto a la competencia otorgada al área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, la Sala observa que ésta no deviene de la Circular demandada parcialmente sino de la propia Ley 909 de 2004, que encomendó a estas dependencias en cada entidad, entre otras las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 15. Las unidades de personal de las entidades.

1. Las unidades de personal o quienes hagan sus veces, de los organismos y entidades a quienes se les aplica la presente ley, son la estructura básica de la gestión de los recursos humanos en la administración pública.
2. Serán funciones específicas de estas unidades de personal, las siguientes:
 - a) Elaborar los planes estratégicos de recursos humanos;
 - b) Elaborar el plan anual de vacantes y remitirlo al Departamento Administrativo de la Función Pública, información que será utilizada para la planeación del recurso humano y la formulación de políticas;
 - c) Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con las normas vigentes, para lo cual podrán contar con la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, o de firmas especializadas o profesionales en administración pública;



No. Interno: 4743-2019
Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

- d) Determinar los perfiles de los empleos que deberán ser provistos mediante proceso de selección por méritos;
- e) Diseñar y administrar los programas de formación y capacitación, de acuerdo con lo previsto en la ley y en el Plan Nacional de Formación y capacitación;
- f) Organizar y administrar un registro sistematizado de los recursos humanos de su entidad, que permita la formulación de programas internos y la toma de decisiones. Esta información será administrada de acuerdo con las orientaciones y requerimientos del Departamento Administrativo de la Función Pública;
- g) Implantar el sistema de evaluación del desempeño al interior de cada entidad, de acuerdo con las normas vigentes y los procedimientos establecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil;
- h) Todas las demás que le sean atribuidas por la ley, el reglamento o el manual de funciones.”

No cabe duda entonces, que la identificación al interior de las plantas de empleos de las distintas entidades, con el fin de ubicar el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente en los términos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, es una de las funciones que corresponde adelantar al área de Talento Humano o de Personal que no fue otorgada por la Circular N° 2019100000117 de 2019, sino por el propio legislador en el artículo 15 *ídem*.

La Sala observa también, que en ningún momento las entidades demandadas en el texto de la Circular parcialmente demandada, consignaron un supuesto que excediera las pautas trazadas por el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, al contrario, lo que hicieron de manera conjunta la CNSC y el DAFP fue dar las instrucciones a las áreas de Talento Humano de las entidades sometidas a carrera administrativa, para la aplicación del citado inciso normativo en cuanto a la manera como se debe reconocer el derecho al encargo.

Por tanto, se encuentra evidente que no fue el acto administrativo demandado sino la propia Ley 1960 de 2019 la que modificó el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, al ampliar la posibilidad de que el derecho al encargo, que en principio se predicaba de los servidores de carrera que además de cumplir los requisitos legales ostentaran evaluación del desempeño laboral **en el nivel sobresaliente, se extendiera a aquellos servidores que detentaran evaluación del desempeño en el nivel satisfactorio, cuya verificación –también por mandato**



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

legal- se hace frente a la totalidad de la planta de personal de la entidad al no limitarse exclusivamente al empleo inmediatamente inferior de aquel que será provisto.

En suma, fue la Ley 1960 de 2019 y no la Circular N° 20191000000117 de 2019, la que dispuso que el derecho preferencial al encargo no se limitaba al aspirante que ostentara un desempeño laboral sobresaliente sino a todo aquel que hubiera sido evaluado con calificación satisfactoria, supuesto fáctico y legal que a la fecha no ha sido objeto de declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional.

Es pues con fundamento en las anteriores razones, que no tiene vocación de prosperidad el primer cargo de la demanda, por cuanto el aparte demandado del acto acusado, lo que contiene son las instrucciones para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa bajo la óptica de la Ley 1960 de 2019 modificatoria de la Ley 909 de 2004. De allí que los supuestos fácticos demandados, lo que hacen es instrumentalizar la orden impartida por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, sin que ello implicara que la CNSV y el DAFP invadieran la órbita del legislador.

3.2. En cuanto a la vulneración del artículo 1° de la Ley 960 de 2019

El demandante considera que esta norma resulta violentada por el aparte demandado del numeral 1° de la Circular N° 20191000000117 de 2019, por cuanto en su sentir la legislación del año 2019, no previó que el procedimiento de revisión de los requisitos para el otorgamiento del derecho preferencial del encargo, deba realizarse sucesivamente descendiendo en los empleos de la planta de personal de la entidad.

Aprecia la Sala que este cargo de nulidad carece de sustento argumentativo, como quiera que el demandante no sustentó otra forma de provisión del encargo que, en su entender, no contrariara los supuestos fácticos y jurídicos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019.

Pero lo cierto es que no se acoge este cargo de censura, por cuanto en primer lugar, si se lee con atención el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, previó que el encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad, es decir, que amplió la posibilidad a que se verificara dicho servidor no solo en el inmediatamente inferior que ocupara el empleo a encargar, sino que dicha búsqueda fuera de manera sucesiva y en forma descendente en toda la entidad.

A juicio de la Sala, lejos de contrariar la legislación del año 2019 lo que hace la Circular es impartir la instrucción de verificación general para la provisión del derecho preferencial de encargo, propuesta por el legislador e instrumentalizada por el ejecutivo a través de la CNSC y el DAFP, realizando los cometidos propios del mérito como principio orientador de la carrera administrativa, además que garantizan el derecho a la igualdad de quienes aspiran al encargo.

De tal manera que se están dando cumplimiento a las previsiones de los artículos 13¹⁹, 40 numeral 7²⁰ y 125²¹ de la Constitución Política, por cuanto el encargo de

¹⁹ ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁰ ARTICULO 40. *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

(...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

²¹ ARTICULO 125. *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 filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

un servidor de carrera se privilegia, al tratar de agotarse a toda costa con el servidor que cumpla con los requisitos legales y sólo en caso de no encontrarse, es que se procederá al nombramiento provisional.

Al proponer el demandante este cargo de nulidad por transgresión del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, endilgó también la causal de nulidad de falta de competencia al afirmar que la señora Comisionada Presidente de la CNSC y el Director del DAFP, carecían de competencia para determinar a través de actos administrativos, la interpretación, reforma y derogación de leyes, atribución que le fue reconocida exclusivamente al Congreso de la República.

Este argumento de nulidad no es acogido por la Sala, con fundamento en el siguiente marco constitucional y legal que le otorga competencia tanto a la CNSC como al DAFP para emitir circulares como la que es objeto de parcial nulidad.

En efecto, en la Carta Política se estipula:

“ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

En desarrollo de este precepto superior, la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, estableció:

“ARTÍCULO 7. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

(...)

ARTÍCULO 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

(...)

h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

(...)"

ARTÍCULO 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

(...)

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;

(...)"

Según los apartes normativos transcritos a la CNSC le corresponde ejercer dos tipos de funciones a saber: i) **las relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa**, siendo una de ellas la de expedir circulares instructivas como la que es objeto de la presente demanda y, ii) **funciones relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa**, que se traduce en la adopción de medidas que garanticen la correcta aplicación del principio del mérito e igualdad en el ingreso y desarrollo de la carrera de los empleados públicos.

Por tanto, el acto enjuiciado fue expedido por la autoridad competente esto es por la CNSC en el marco de la facultad legal reconocida por los literales h) de los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, como quiera que la Circular parcialmente acusada lo que hizo fue plantear unas directrices o pautas para que las entidades sometidas a la carrera administrativa, tuvieran más conocimiento en la puesta en práctica en el caso particular, del derecho preferencial de encargo.

En lo que tiene que ver con la competencia del DAFP para expedir la Circular objeto del presente examen de legalidad, encuentra también su fundamento legal en la Ley 909 de 2004 al prescribir:

“ARTÍCULO 14. El Departamento Administrativo de la Función Pública. Al Departamento Administrativo de la Función Pública le corresponde adelantar las siguientes funciones:



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

- a) Bajo las orientaciones del Presidente de la República le corresponde la formulación de la política, la planificación y la coordinación del recurso humano al servicio de la Administración Pública a nivel nacional y territorial;
(...)
- p) Apoyar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando esta lo requiera, en el desempeño de sus funciones;
(...)"

Por su parte, el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*, determina:

"ARTÍCULO 1.1.1.1 Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública es la cabeza del Sector de la Función Pública encargado de formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público."

Como quiera que corresponde al DAFP entre otras funciones la formulación de políticas de la administración relacionadas con el empleo público, en armonía con la función prevista en el literal p) del artículo 14 de la Ley 909 de 2004 para apoyar a la CNSC cuando lo requiera en el ejercicio de sus funciones, la Sala encuentra acreditada la competencia tanto del DAFP como de la CNSC para la emisión conjunta de la Circular N° 2019100000117 del 29 de julio de 2019, motivo suficiente para negar este cargo de nulidad.

3.3. Vulneración del artículo 2.2.5.5.42 del Decreto Ley 1083 de 2015

Este cargo lo sustenta el demandante en los siguientes términos: *"por cuanto el mismo señala que el procedimiento para el encargo en empleos de carrera debe ajustarse a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, así como en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten, situación que desconoce la CNSC y el DAFP"*.

La disposición que se entiende vulnerada es del siguiente tenor literal:

"**ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera.** El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera."



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

Para el 26 de mayo de 2015 fecha de expedición del Decreto 1083, aún no se había expedido la Ley 1960 pues ello aconteció el 27 de junio de 2019, no obstante, el artículo 2.2.5.5.42. al regular el encargo de empleos de carrera y mencionar que se regiría por las previsiones del texto legal del año 2004, lo que evidencia es que el legislador también previó que dicho asunto, se regiría por las normas que modificaran la ley 909 tal y como aconteció con la ley del año 2019.

La Sala del escueto cargo de nulidad lo que infiere es que, el demandante entiende que la Circular N° 20191000000117 de 2019 contiene un procedimiento para el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, que desconoce o supera el señalado en las leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019, interpretación que, según las consideraciones efectuadas con anterioridad, no se ajustan a la realidad.

En síntesis, la Sala arriba a la conclusión que la Circular N° 20191000000117 de 2019 no adolece de causal de nulidad, como quiera que este acto administrativo no se abrogó las funciones legislativas propias del Congreso de la República, fue expedida por las autoridades encargadas de la vigilancia de la carrera administrativa y de la política pública del empleo y, porque la circular imparte instrucciones a las entidades nominadoras sobre la manera como debe aplicarse el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 modificatoria de la Ley 909 de 2004.

Es pues con fundamento en las anteriores consideraciones que la Sala negará las súplicas de la demanda de nulidad simple interpuesta por el demandante, tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Sobre la condena en costas

Con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.



No. Interno: 4743-2019

Demandante: Juan Pablo Saldarriaga Plaza

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Departamento Administrativo de la Función Pública

En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Como quiera que la Sala no observa en la actuación de la parte demandante haya estado prevalida de actos temerarios que evidencien mala fe o dilación en el trámite procesal, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas en su contra, como así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Artículo Primero. - **NEGAR** las súplicas de la demanda contra el numeral 1° (parcial) de la Circular N° 20191000000117 de 29 de julio de 2019, con fundamento en las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

Artículo Segundo. - **Sin condena en costas**, según se dijo en precedencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR