

Figuras jurídicas de encargo y delegación de funciones: límites, semejanzas, diferencias y aplicación frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales

Legal figures of commission and delegation of functions: limits, similarities, differences and application in front of the highest authorities of the territorial entities.

MARÍA JOSÉ NOGUERA ARAUJO

Abogada titulada de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: majonoar5@hotmail.com.

7

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 22/01/2019

Evaluated: 01/04/2019

Aceptado: 22/09/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

NOGUERA ARAUJO, M. (2020). Figuras jurídicas de encargo y delegación de funciones: límites, semejanzas, diferencias y aplicación frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales. *Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7 (13).

Resumen

El encargo y la delegación de funciones son figuras jurídicas ampliamente utilizadas por las máximas autoridades de las entidades territoriales en Colombia, con el fin de salvaguardar el cumplimiento de sus responsabilidades que obtuvieron democráticamente por medio del sufragio de los ciudadanos. Sin embargo, se observa en la práctica que su aplicación no se realiza correctamente, existiendo confusión entre la escogencia de una u otra institución legal de acuerdo al caso en concreto, además de existir una laguna jurídica que impide su uso en los eventos en los que no medie vacancia temporal o definitiva del mandatario local, no obstante, no se encuentre físicamente en su circunscripción territorial. Por tal razón, este artículo propende por plantear una solución a la problemática actual, además de explicar detalladamente los aspectos claves del encargo y de la delegación de funciones.

Palabras Clave: Encargo, delegación de funciones, entidades territoriales, funciones administrativas, alcalde, gobernador.

Abstract

The constitutional principle of solidarity constitutes for the State a duty, a principle and a guideline. These dimensions point to the credibility of the obligation to provide vulnerable individuals with benefits or support. All of the above serves as support to address the figure of the PHP for the victims of the armed conflict, as it is a direct manifestation of solidarity and, however, was born into legal life with an expiration date; Contrary to the duty of the State to ensure the progression of guarantees and rights, projecting itself as an omissionary way with respect to the effectiveness of the norm and its legislative duty. Therefore, the purpose of this article is to determine the scope, impact and consequence of the omission of the State's duty vis-à-vis the principle of solidarity and progression of the guarantees and economic, social and cultural rights of the victims of the conflict.

KEYWORDS: Commission, delegation of functions, territorial entities, administrative functions, mayor, governor.

Introducción

En la legislación colombiana existen dos figuras jurídicas relacionadas con la transferencia funcional entre autoridades, cuya distinción en cuanto a límites, diferencias y aplicación es compleja, razón por la cual se hace necesario su análisis minucioso. Se trata del encargo y de la delegación de funciones. Ambas figuras tienen por objeto entregar unas funciones de una autoridad administrativa a otra de forma temporal, lo que conlleva a varias inquietudes, a saber: ¿cuándo se debe aplicar la figura del encargo y cuándo la figura de delegación de funciones?, ¿cuáles son los límites en la aplicación de cada una de las figuras jurídicas?, ¿a qué clase de funcionarios públicos se puede delegar y/o encargar temas administrativos?, ¿cuáles son las funciones susceptibles de encargo y cuáles de delegación?

Ahora bien, se debe iniciar mencionando que en el ejercicio de las labores atinentes a las máximas autoridades administrativas de las entidades territoriales, quienes son escogidas mediante elección popular, —esto es, para los alcaldes en los casos en que se trate de municipios y para los gobernadores al tratarse de los departamentos—, se hace necesaria la aplicación de ambas figuras jurídicas, ya que, por lo general, se presentan vicisitudes durante el desarrollo del cargo, tales como incapacidad por enfermedad, comisión de servicio, licencia no remunerada y permisos. Sin embargo, en la cotidianidad se observa que no existe claridad para su puesta en práctica. Prueba de ello es que comúnmente cuando la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial se encuentra fuera del perímetro de su jurisdicción se acude al encargo, esto como una forma de no detener las gestiones urgentes en el municipio y/o departamento.

No obstante, al estudiar el encargo se demostrará que esta no es la figura jurídica de mayor idoneidad por regla general, lo que nos conlleva automáticamente a plantear la aplicación de la delegación de funciones administrativas, hallando que tampoco es pertinente en su totalidad.

Así las cosas, si bien tanto la delegación de funciones como el encargo son figuras jurídicas utilizadas con frecuencia al interior de las entidades territoriales con el fin de no dejar acéfalo el cargo correspondiente y poder organizar y facilitar el ejercicio de la labor encomendada a los alcaldes y/o gobernadores por la ciudadanía en uso de sus facultades democráticas, lo que genera amplia responsabilidad y compromiso dentro del territorio respectivo, estas no deben ser aplicadas libremente y sin contar con los lineamientos legales fijados para tal efecto, pese a la reiterada costumbre existente en el devenir cotidiano frente a su ejecución. Es por ello por lo que se debe dejar claridad acerca de cada una de ellas y cuáles son sus ámbitos concretos de uso adecuado.

Bajo la anterior línea argumentativa, esta investigación tiene como propósito definir cuáles deben ser los límites y diferencias entre la delegación de funciones y el encargo para poder fijar unos parámetros concretos que eviten su aplicación errónea en la práctica, además de proponer una posible regulación de la materia en los casos no contemplados por la legislación actual.

La figura jurídica del encargo frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales en la legislación colombiana

La figura jurídica del encargo está reglamentada por los artículos 1 y 24 de la Ley 1960 de 2019, modificatoria de la Ley 909 de 2004 y del Decreto-ley 1567 de 1998, en lo concerniente a las vacancias producto de la espera del desarrollo de los procesos de selección para proveer empleos de carrera administrativa; y en el Decreto 1083 de 2015.

Sin embargo, únicamente nos ocuparemos de la figura jurídica del encargo frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales, esto es, de los alcaldes en el caso de los municipios, o de los gobernadores, si se tratare de los departamentos, la que tiene su regulación legal en el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, que establece que el encargo puede realizarse para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales se ha sido nombrado, por ausencia temporal o definitiva del titular, estableciendo que el encargado puede o no desvincularse de las funciones propias de su cargo.

Aunado a ello, la sección segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, asevera que, para poder hablar de esta forma de proveer cargos, es menester el cumplimiento concomitante de dos requisitos, a saber: 1). La existencia de un empleo vacante, y 2). Un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo.

Empero, se considera pertinente agregar a tales requisitos jurisprudenciales: 3). la emisión, por parte de la autoridad competente, de un acto administrativo generador del encargo, y 4). Un empleado público que no puede seguir ejerciendo sus funciones por ausencia temporal o definitiva.

Dicho lo anterior, se hace necesario estudiar el contenido de los artículos 2.2.5.2.1 y 2.2.5.2.2 del Decreto 1082 de 2015, toda vez que estos consagran las disposiciones en virtud de las cuales se entiende que un cargo queda en vacancia definitiva o temporal, razón por la cual se plasmará en una tabla de datos las causales taxativas al respecto, a continuación:

Tabla 1. *Causales de vacancia definitiva o temporal según el Decreto 1082 de 2015*

Vacancia definitiva (Artículo 2.2.5.2.1)	Vacancia temporal (Artículo 2.2.5.2.2)
Renuncia aceptada	Vacaciones
Insubsistencia de nombramiento: A) cargos de libre nombramiento y remoción. B) Evaluación insatisfactoria. C) Nombramiento en provisionalidad.	Licencia
Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario	Permiso remunerado
Revocatoria del nombramiento	Comisión, salvo en la de servicios al interior del país
Invalidez absoluta	Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.
Por ser pensionado	Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.
Tener edad de retiro forzoso	Periodo de prueba en otro empleo de carrera
Traslado	
Nulidad de nombramiento por decisión judicial	
Declaratoria de abandono del empleo	
Muerte	
Terminación del periodo por el que fue nombrado	

Fuente: elaboración propia a partir de 2020.

Al respecto, la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, en los eventos en los que la ausencia sea temporal, el encargo deberá ser realizado ciñéndose al término de duración de esta, caso contrario a lo que sucede con la ausencia definitiva del cargo, supuesto en el cual no es permitido que el encargo exceda los tres meses debido a que, vencido este término, el encargado automáticamente cesa el ejercicio de las funciones encomendadas.

De lo anterior se colige que el encargo es una figura jurídica que se debe utilizar en circunstancias en las que se presente vacancia temporal o definitiva del cargo respectivo, siendo taxativas las causales para tal efecto. Sin embargo, en la práctica se observa que las máximas autoridades territoriales, ya sea el gobernador o el alcalde, hacen uso de dicha figura erróneamente en casos en los cuales no se encuentran en vacancia del cargo, como por ejemplo cuando están en comisión de servicios al interior del país (renglón 4 de las causales de vacancia temporal plasmadas en la Tabla 1).

Así las cosas, además de ser incorrecto el uso que se le ha dado al encargo, se presentan inconvenientes al momento de liquidar y pagar el salario correspondiente, pues el encargo supone que el funcionario presuntamente ausente no está en ejercicio del cargo, y, por ende, no tiene derecho a devengar contraprestación alguna, además, paralelamente, si se tiene en cuenta que dicho servidor público estaba ejecutando funciones y que nunca se separó del cargo, debería ser acreedor de su salario completo. Sin mencionar el sobresueldo que se debería cancelar al funcionario encargado.

Al respecto, el Artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 1082 de 2015 establece que el funcionario público encargado es acreedor del salario del cargo que desempeña temporalmente, con lo que se configura la necesidad de cancelarle la diferencia salarial entre el cargo permanente y el cargo para el cual el servidor es encargado de manera transitoria.

Adicionalmente, la norma citada fue interpretada mediante fallo proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el entendido de que, además de otorgarle el derecho al empleado encargado de recibir el sueldo del empleo para el cual fue encargado, precisa que, en el caso de vacancia temporal, la condición para que el derecho señalado se configure consiste en que la remuneración no debe ser percibida por el titular del empleo; lo que es a todas luces injusto para el servidor público encargado, en virtud de que se le estaría sobrecargando de funciones cuya ejecución no le genera contraprestación económica alguna.

Aunado a ello, tal es la responsabilidad que genera el encargo para el funcionario encargado que se configura en una causal de inhabilidad en los eventos en los que el servidor pretenda ostentar el ejercicio de un cargo de elección popular, situación que ha sido estudiada en varias oportunidades por la Sección Quinta del Consejo de Estado, afirmado con especial contundencia en la sentencia con radicación No. 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, con ponencia de la Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

En el mismo sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública emitió un concepto en el que asevera que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo dispuso que la norma que establece las inhabilidades no se refiere a la titularidad del cargo sino al ejercicio de funciones que se realice en el cargo correspondiente, lo que significa que se configura la inhabilidad cuando se ejerce el cargo mediante cualquier forma de provisión (Consejo Colombiano de Seguridad, 2019) de acuerdo a que “la autoridad encargada reviste todas las facultades de jefe de la administración y representante de la autoridad territorial” .

Bajo esta línea argumentativa se tiene claridad en que el encargo supone la emisión de un acto administrativo mediante el cual se designa a un servidor público para ejercer de manera parcial o total unas funciones distintas para las que fue nombrado, siempre que medie vacancia temporal o definitiva del titular

del cargo para el cual es encargado (causales taxativas descritas en la Tabla 1), y que, para el caso de las máximas autoridades de las entidades territoriales, genera plenas facultades administrativas.

Entonces, ¿qué sucede cuando se emite un acto administrativo de encargo con el fin de que la entidad territorial no se quede sin autoridad presencial cuando el alcalde o el gobernador se encuentra en comisión de servicios al interior del país, o en cualquier otro evento en el que no exista vacancia temporal o definitiva? La respuesta es simple: el acto administrativo puede ser objeto de demanda de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo a que es expedido con infracción de las normas en que debía fundarse. Es preciso resaltar que no se afirma su ilegalidad de plano de acuerdo a la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos en la legislación colombiana.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha pretendido empezar a aclarar el inconveniente presentado con la aplicación de la figura jurídica del encargo al señalar diferencias entre el “encargo del cargo” y el “encargo de funciones”, señalando que únicamente el “encargo del cargo” encuadra en el estricto concepto de la norma y aseverando que el “encargo de funciones” realmente es una simple delegación, equiparando el primero a una forma de provisión del cargo que implica el reemplazo de su titular, y el segundo a una situación administrativa funcional, de acuerdo a que el titular sigue ocupando su cargo.

Referente a las acotaciones jurisprudenciales mencionadas en precedencia, se debe precisar que no se encuentra fundamento legal que las avalen, debido a que se denota confusión entre dos figuras jurídicas totalmente distintas como lo son el encargo y la delegación de funciones. No obstante, se hace necesario estudiar la delegación de funciones como una alternativa tendiente a solucionar el vacío normativo que se origina de la reglamentación del encargo en cuanto

a su aplicación por las máximas autoridades territoriales que no se encuentren en vacancia temporal o definitiva de acuerdo a que, con base en lo expuesto, el encargo carece de idoneidad para tal fin.

La figura jurídica de la delegación de funciones frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales en la legislación colombiana

Doctrinalmente, encontramos diversos conceptos que pretenden desarrollar el concepto de la delegación de funciones, razón por la cual se hará mención de los que resultan de mayor relevancia a la luz de la actual investigación.

Llama especial atención el concepto del profesor Agustín Gordillo, quien afirma que: “La delegación es un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano al cual le compete una función determinada, para poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia”. Aseverando con posterioridad que: “la delegación no puede implicar renunciar definitivamente de la competencia; tampoco desatenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma que ella se ejercita”.

Por su parte, el intelectual Rafael Bielsa asegura que el concepto de delegación se entiende en diversos sentidos, pero que en la realidad jurídica el único sentido posible es que hay delegación cuando a una persona u órgano se remite una atribución, misión o encargo¹ “para hacer lo que el delegante determina; agregando, además, que el delegado no es un mandatario, sino que al delegado se le asigna un encargo y él lo cumple dentro del régimen del derecho público.

¹ El subrayado realizado a la palabra “encargo” es con el fin de denotar que en las definiciones de la delegación de funciones se incluye por parte de los autores, generando confusión entre las instituciones jurídicas.

En otro sentido, asevera que la delegación es simplemente un encargo² que un poder u órgano hace a otro a fin de que este realice una actividad determinada.

Teniendo en cuenta los conceptos mencionados encontramos que, contrario a lo que se pudiera pensar, existe confusión al definir la delegación de funciones por parte de algunos autores, pues en la realidad legal no se corresponde con el encargo, que como ya se explicó, es una figura jurídica que goza de su propia reglamentación, razón por la que se le otorga validez y se considera pertinente la definición dada por el Dr. Agustín Gordillo.

Asimismo, se debe hacer alusión al concepto de delegación de funciones dado por el Consejo de Estado en su calidad de tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en virtud de sentencia de nulidad, quien establece que la delegación es una medida en virtud de la cual el titular de una competencia o función administrativa, previamente autorizado por el legislador, decide radicarla temporal y discrecionalmente en cabeza de otra autoridad usualmente subordinada, debiendo quedar claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante. En este punto, es menester traer a colación una máxima del derecho romano según la cual nadie puede transferir a otro mejor derecho del que tiene: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Ahora bien, la figura jurídica de la delegación encuentra su sustento legal en Colombia en la Ley 489 de 1998, en la Ley 136 de 1994 y en la Ley 1551 de 2012. De acuerdo con estos fundamentos normativos, la delegación debe ser entendida como la transferencia de funciones realizada por una autoridad administrativa, que se denominará el delegante, a otra, llamada el delegatario, habiendo un acto administrativo siempre y cuando a ambas autoridades las

2 *Ibidem*.

relacione funciones afines o complementarias. Adicionalmente, la delegación podrá recaer en empleados públicos de los niveles directivos y asesor en los casos en los que el delegante se tratare de ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa.

Aunado a ello, para que la delegación sea efectiva, deberá contar con los siguientes requisitos: 1). Existencia de un acto administrativo escrito de delegación, el que deberá contener objeto y condiciones temporales y modales para su ejercicio, 2). Especificación de la autoridad sobre la que recae la delegación, 3). Indicación de los asuntos concretos que se delegarán, los que no podrán tratarse de expedición de reglamentos de carácter general, las funciones recibidas en delegación por el delegante (delegación de la delegación) o las prohibidas legal o constitucionalmente.

Es en este último punto en donde inician los inconvenientes respecto a las delegaciones funcionales realizadas por las máximas autoridades administrativas de las entidades territoriales debido a que, de la concreción requerida por la ley para la aplicación correcta de la delegación, se infiere que no es posible la delegación de todas o de la mayoría de las funciones propias del delegante. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-372 de 2002, señala que solo las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas son las que realmente pueden ser objeto de delegación.

Por su parte, la Ley 1551 de 2012, modificatoria de la Ley 136 de 1994, le otorga autorización legal a los alcaldes y gobernadores para delegar, en sus secretarios y jefes de los departamentos administrativos, indistintas funciones, siempre y cuando no exista expresa prohibición legal, requisito también consagrado en la Ley 489 de 1998, norma según la cual se necesita la autorización legal para que las autoridades administrativas deleguen asuntos específicos en todos los

casos que no estén expresamente prohibidos y cuando no figuren en el Artículo 11 de esa misma ley.

En cuanto a la finalidad de la delegación de funciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional asegura que se trata de un interés por descongestionar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos que propendan por el cumplimiento de los fines del Estado en beneficio de toda la población, además de permitirle a las autoridades públicas flexibilizar el cumplimiento de sus funciones, evitando la concentración de poder.

Adicionalmente, la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha definido las características de la delegación, considerando que su creación se fundamenta en posibilitar la distribución de competencias entre las diversas instancias de la administración y que facilite el cumplimiento efectivo de las tareas a ella asignadas, siendo determinada la delegación como una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, razón por la cual debe estar regulada por la ley la transferencia del ejercicio de la competencia, resaltando que la delegación es esencialmente revocable y que, en cualquier momento, el delegante puede reasumir la competencia delegada en tanto la transferencia es del ejercicio y no de la titularidad de la función.

En jurisprudencia posterior, el mismo tribunal administrativo establece que la delegación administrativa implica además el ejercicio, por parte del delegatario, de las atribuciones propias del funcionario delegante, reiterando que la autoridad delegante puede reasumir en cualquier momento, siempre que medie autorización legal previa al acto de delegación y que no exista prohibición expresa para delegar.

Bajo esta línea argumentativa, y teniendo claridad en el concepto, en sus características, su finalidad, su autorización y sus requisitos legales para la proceden-

cia de la delegación de funciones administrativas, ¿sería posible hacer uso de esta figura jurídica en los eventos en los cuales las máximas autoridades administrativas no se encuentren en vacancia definitiva o temporal, como es el caso de la comisión en servicio al interior del país, y por ende, no sea posible acceder a la figura jurídica del encargo? La respuesta es negativa.

De acuerdo con las líneas que anteceden se evidencia que la delegación debe ser usada solo para funciones precisas con sujeción legal, y que estas no deben corresponder en su integridad con las funciones principales del delegante, sino con aquellas cuyo mecanicismo lo permitan. Asimismo, y a pesar de que no está contemplado legalmente, se deduce de la intención del legislador que es imposible la delegación de todas las funciones, razón por la cual se ve coartada la competencia de la autoridad delegataria, quien -en ausencia de su superior, de la jurisdicción, y no de las funciones- deberá resolver cualquier inconveniente que se presentare al interior de la entidad territorial, precisando que las decisiones tomadas tienen la misma fuerza vinculante que tendría la decisión si esta hubiese sido proferida por el alcalde y/o gobernador, de acuerdo al caso en concreto.

Al respecto, el Consejo de Estado ha pretendido hacer una diferenciación entre la delegación de funciones y la designación de un cargo bajo la modalidad de encargo, aludiendo a que, mediante la delegación de funciones, no es posible entender a los delegados como reemplazo del burgomaestre, contrario a lo que ocurre con el encargo, señalando que en la delegación hay un traslado funcional sin que el delegante pierda la función delegada, mientras que en el encargo los supuestos fácticos requieren la sustitución del dignatario popular por otro.

Sin embargo, es pertinente ser enfático en reiterar que la ley imposibilita hacer uso de la modalidad de encargo si no existe vacancia temporal o definitiva del titular, existiendo circunstancias en la que no es necesaria la sustitución del mandatario sino que únicamente se requiere la entrega de unas facultades a un funcionario

para que este pueda colaborar con el cumplimiento de los cometidos estatales territoriales, entre tanto el representante legal de la entidad territorial se encuentra ocupado con otros asuntos del resorte de sus funciones que le impiden físicamente resolver temporalmente vicisitudes al interior del territorio que representa, como por ejemplo cuando se encuentran en comisión de servicios al interior del país.

Semejanzas y diferencias entre las modalidades de encargo y delegación de funciones

El Consejo de Estado en distintas oportunidades se ha ocupado de plantear diferencias entre la delegación de funciones y el encargo, llegando a la conclusión de que se trata de dos instituciones jurídicas que responden a condiciones específicas que, en el caso de la primera, conlleva a transferir el ejercicio de una función concreta en otra autoridad, y que si se trata de la segunda, genera la provisión de un empleo en forma temporal mientras su titular lo reasume.

El 13 de agosto del 2020, el mismo Tribunal de lo Contencioso Administrativo planteó nuevamente la diferenciación al indicar que la delegación de funciones es una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración mediante acto escrito, revocable y susceptible de recursos en vía gubernativa sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, y que el encargo responde a una modalidad de provisión temporal de empleos que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo durante la ausencia de su titular.

No obstante, teniendo en cuenta las apreciaciones jurisprudenciales y los demás elementos planteados durante el desarrollo de este escrito, se encuentra oportuno plasmar mediante tablas de datos las principales diferencias y semejanzas existentes entre la delegación de funciones y el encargo, con el fin de evitar la confusión entre estas y facilitar su aplicación en la práctica:

Tabla 2. *Diferencias entre el encargo y la delegación de funciones*

<i>Encargo</i>	<i>Delegación de funciones</i>
<i>Implica vacancia temporal o definitiva del mandatario local</i>	NO implica ausencia del mandatario local.
<i>Se transfiere el cargo del titular</i>	NO existe transferencia del cargo
<i>El funcionario público encargado es acreedor del salario asignado al cargo.</i>	El delegado devenga el salario de su cargo.
<i>Se entiende como un reemplazo del burgomaestre</i>	NO se constituye en reemplazo del burgomaestre
<i>La ley no menciona restricción del sujeto sobre el cual recae</i>	Puede recaer únicamente sobre empleados públicos de los niveles directivos y asesor
<i>Se transfieren todas las funciones del cargo</i>	Se transfieren funciones específicas del titular del cargo
<i>El encargado debe cumplir con los requisitos del cargo a asumir</i>	El delegado NO debe cumplir con los requisitos del cargo a asumir, de acuerdo a que la transferencia es funcional
<i>No es necesario que el encargante y al encargado se relacionen por tener funciones afines o complementarias</i>	Al delegante y al delegado los debe relacionar funciones afines o complementarias
<i>Su finalidad corresponde a reemplazar el ejercicio de un cargo que no puede ser ejercido por el titular</i>	Su finalidad radica en agilizar la gestión de asuntos administrativos
<i>Genera inhabilidad para aspirar a un cargo de elección popular</i>	NO genera inhabilidad para aspirar a un cargo de elección popular

Fuente: elaboración propia a partir de 2020.

Tabla 3. *Similitudes entre el encargo y la delegación de funciones*

Encargo	Delegación de funciones
Pueden ser aplicadas por parte de la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial, esto es, alcalde y/o gobernador	
Son figuras jurídicas creadas por mandato legal	
Tanto el encargado como el delegado ejercen funciones que no tenían antes del encargo o de la delegación	
Existe transferencia, por mandato legal, de un empleado público a otro	
Se realiza mediante acto administrativo	
No proceden en ausencia del mandatario local del territorio en los eventos en los que no exista vacancia temporal o definitiva	
Las funciones pueden ser reasumidas por el titular	
Las funciones entregadas son propias del cargo ocupado por el burgomaestre	
Propenden por el cumplimiento de los principios propios de las actuaciones administrativas	

Fuente: elaboración propia a partir de 2020.

La inhabilidad como una problemática reciente frente al empleado público en el que recae el encargo o la delegación de funciones

La Ley 617 de 2000, en su Artículo 30 numeral 3, Artículo 38 numeral 7 y en su Artículo 39, contempla la prohibición, para los mandatarios locales, para

aquellos que los reemplacen en el ejercicio del cargo³ y/o quienes ejerzan como empleados públicos o autoridad administrativa, inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular por un lapso de veinticuatro (24) meses posterior a la finalización del periodo para el cual fue electo o de la aceptación de la renuncia correspondiente en la respectiva circunscripción que, pese a estar consagrada como una causal de incompatibilidad en la norma, se traduce en una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos.

Con base en este fundamento, se tiene que la norma taxativamente contempla la incompatibilidad referida para todos los servidores públicos que reemplacen en el ejercicio del cargo al dirigente territorial, lo que significa que todos aquellos funcionarios públicos sobre los que recaiga la figura del encargo estarían incurso en la causal invocada, impidiéndoles su aspiración a cualquier cargo de elección popular.

Es preciso resaltar que la ley mencionada no hace alusión a temporalidad en el reemplazo del burgomaestre, es decir que, con estar encargado del cargo del mandatario local por tan solo un día, se constituiría. Es por ello que cobra especial importancia la diferenciación de las figuras jurídicas de encargo y de delegación de funciones.

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante apelación de auto de suspensión provisional de acto administrativo, pretende resolver una controversia suscitada mencionando que “estar meramente encargado” no significa haber reemplazado al mandatario de turno, indicando que el reemplazo supone sustitución del titular.

3 Subrayado propio con el que se pretende manifestar que la inhabilidad a la que se refiere la Ley 617 de 2000 también recae sobre los servidores públicos que reemplacen a los mandatarios locales en el ejercicio del cargo.

Sin embargo, y con el respeto que se merece el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, la providencia mencionada confunde los conceptos y lineamientos de las dos instituciones jurídicas plurinombradas, toda vez que afirma que el encargo supone reemplazo, pero que “no es posible reemplazar a quien continúa siendo el titular pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente”, lo que a todas luces contraría las disposiciones legales que explican las causales de vacancia temporal y definitiva, y que, por ende, permiten la aplicación de la figura jurídica del encargo.

No obstante, el mismo tribunal en líneas posteriores señala que un decreto de encargo en realidad encubría una delegación de funciones, con lo que nuevamente pasa por alto la normatividad vigente, pues como se esgrimió en su oportunidad, los actos de delegación de funciones tienen unos requisitos y formalidades que imposibilitan darle tal tratamiento teniendo como base la simple intención del nominador.

Aunado a ello, el mismo proveído judicial advierte que la delegación de funciones conlleva como resultado el ejercicio de la autoridad administrativa que es propia del mandatario local, la que es generadora de inhabilidad, tal y como se indicó al inicio de este acápite, afirmación que tampoco es compartida de acuerdo a los preceptos legales que la enmarcan de acuerdo a que, como se explicó en su oportunidad, la delegación de funciones no implica la transferencia del cargo sino de unas funciones específicas, no siendo pertinente aseverar que esta implica por sí misma el ejercicio de la autoridad del titular del cargo.

Es preciso resaltar que la indebida aplicación de las instituciones de encargo y de delegación de funciones podría originar inconvenientes de gran magnitud que pueden llevar a la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, motivo por el cual es menester velar por emplearlas adecuadamente con sujeción a las

leyes correspondientes para cada caso en concreto, sin olvidar que existe laguna jurídica para algunas circunstancias en las que no es posible acceder a ninguna de las dos figuras jurídicas por parte del alcalde y/o gobernador respectivo.

Conclusiones

El ejercicio de las actividades administrativas, de gestión y de autoridad, que implican la presencia del dignatario territorial dentro del fuero jurisdiccional de los municipios y departamentos, genera gran compromiso y responsabilidad, razón por la que los mandatarios locales acuden al encargo y a la delegación de funciones como mecanismos de descongestión y colaboración para el cumplimiento de los cometidos estatales. Empero, al estudiar estas instituciones jurídicas se encuentra que no son aptas en todos los casos, de acuerdo a que cada una de ellas cuenta con una reglamentación legal de obligatorio cumplimiento por parte del servidor público en la que se señalan los límites, los requisitos y la manera en la que se debe aplicar cada una de ellas.

No obstante, la normativa respectiva no está siendo acatada por regla general, no por arbitrariedad sino por imposibilidad, derivado de que la ley actual no abarca la mayor causa de delegaciones y encargos dentro de las entidades territoriales, lo que corresponde a la comisión de servicios al interior del territorio nacional, conllevando, por ende, a la existencia de una laguna jurídica.

Sin embargo, a la luz de esta problemática, el Consejo de Estado se ha preocupado por intentar brindar una solución al respecto sin resultados positivos, toda vez que en sus fallos se denota confusión en cuanto a los parámetros legales para poder realizar un encargo o una delegación de funciones por parte de una autoridad, omitiendo las consecuencias que esto acarrea para los servidores públicos implicados, como por ejemplo, la comisión del punible de prevaricato por acción o la posibilidad de recaimiento de una inhabilidad.

Planteamiento de regulación legal tendiente a solucionar la laguna jurídica derivada de la imposibilidad de aplicación de las figuras de encargo y delegación de funciones frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales

Tal y como se explicó, hay eventos en los cuales no es posible aplicar las figuras de encargo y de delegación de funciones por parte de las máximas autoridades de las entidades territoriales debido a que su reglamentación legal no lo permite. Es por ello que se debe plantear una solución a la problemática acaecida en la actualidad, razón suficiente para proponer la modificación de la Ley 1551 de 2012, en el entendido de adicionar una nueva figura jurídica que se denominará “facultación” y que se deberá regir por los siguientes parámetros:

Artículo 1. Facultación. Las máximas autoridades administrativas podrán, con sujeción a la Constitución Política y a la ley, facultar el ejercicio de sus funciones a servidores públicos de la misma entidad territorial que se encuentren en el nivel directivo o asesor, siempre y cuando no les sea aplicable las figuras jurídicas de encargo o delegación de funciones.

Artículo 2. Requisitos de la facultación. La facultación deberá realizarse mediante acto administrativo motivado, en el que se especificará el nombre del facultante y del facultado y el ámbito de aplicación temporal de las facultades entregadas.

Artículo 3. Procedencia de la facultación. La facultación procederá en todas las situaciones administrativas en las que sea necesario facultar a un empleado público el ejercicio de las funciones de la máxima autoridad administrativa territorial, siempre y cuando se encuentre justificada la ausencia y no medie vacancia temporal o definitiva del titular.

Artículo 4. Salario. Teniendo en cuenta que la facultación no genera reemplazo del cargo por parte del facultado, este no será acreedor de remuneración alguna derivada del ejercicio de las funciones facultadas.

Artículo 5. Temporalidad. La facultación podrá realizarse por un periodo máximo de diez (10) días hábiles al mes.

Artículo 6. Responsabilidad. Por las actuaciones administrativas desarrolladas durante la facultación, habrá responsabilidad solidaria entre el facultante y el facultado.

Finalmente, en los anteriores términos queda planteada la solución a la laguna jurídica actual referente a la aplicación de las figuras jurídicas de encargo y de delegación de funciones por parte de las máximas autoridades territoriales, pretendiendo lograr legalidad en la expedición de los actos administrativos a los que hubiere lugar y ajustando la legislación actual a las necesidades de la cotidianidad de la función pública.

Referencias

Bielsa, R. (2011). *Estudios de derecho público*. Depalma.

Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998). Ley 489 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 43.464. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>>

Consejo de Estado, Sección Quinta. (31 de julio de 2009). Nulidad electoral, 76001-23-31-000-2007-01477-02. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Segunda. 14 de agosto de 2009). Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Rad. No. 25000-23-25-000-2003-04563-01 (2143-07). República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (12 de agosto de 2013). Nulidad Electoral, Rad. No. 11001-03-28-000-2012-00043-00.

Consejo de Estado. (12 de agosto de 2013). Nulidad y restablecimiento del Derecho 11001-03-28-000-2012-00043-00. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Segunda. (13 de febrero de 2014). Nulidad y Restablecimiento del Derecho, 20001-23-31-000-2010-00017-01 (0719-13). República de Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (15 de septiembre de 2016). Nulidad simple, 76001-23-31-000-2012-00314-01. República de Colombia.

Consejo de Estado. (30 de agosto de 2018). Proceso Electoral 11001-03-28-000-2018-00026-00. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (29 de noviembre de 2018). Apelación de auto de suspensión provisional de acto administrativo, 20001-23-33-000-2018-00265-01. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (16 de mayo de 2019). Nulidad Electoral, 25000-23-41-000-2018-00165-02. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (13 de febrero de 2020). Nulidad Electoral, 52001-23-33-000-2019-00623-01. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de agosto de 1999). Sentencia C-561. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (15 de mayo de 2002). Sentencia C-372. República de Colombia.

Función Pública. (13 de marzo de 2019). Concepto 80701 de 2019. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=92151>>

Decreto 1082 de 2015. (s.f.). Obtenido de Departamento de la Función Pública

Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo. Tomo 1*. ARA Editores.

Legis. (12 de junio de 2019). “Aclaran diferencias entre autoridades civil y administrativa para definir inhabilidad de congresistas”. <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/aclaran-diferencias-entre-autoridades-civil-y>>

República de Colombia. Ley 617 de 2000, 6 de octubre de 2000. Diario Oficial 44.188. <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0617_2000.html#38>

República de Colombia. Ley 1960 de 2019, 27 de junio de 2019. Diario Oficial 50.997. <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1960_2019.html>

República de Colombia. Ley 551 de 2012, 6 de julio de 2012. Diario Oficial 48.83 <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1551_2012.html#30>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-625 de 2015, 01 de octubre de 2015.

Revista de administración pública. (2007). Números 12-15. Texas: Instituto Superior de Administración Pública.