

CRITERIO UNIFICADO “RECLAMACIÓN POR PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DERECHO PREFERENCIAL DE ENCARGO ANTE LA COMISIÓN DE PERSONAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DAPRE Y SU COMPETENCIA PARA CONOCER DEL ASUNTO”

Ponente: Comisionado José Ariel Sepúlveda Martínez
Fecha de sesión: 23 de enero de 2018

I. ANTECEDENTES

La Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, enlistó en su artículo 4º a las entidades que contarían con un sistema específico de carrera administrativa, entre ellos al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

En virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 53 de la Ley “*ibídem*”, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto Ley 780 de 2005** “*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera para los empleados del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República*”, reglamentando entre otras, lo relacionado con el funcionamiento de la Comisión de Personal.

Al respecto, es preciso señalar que en materia funcional a la Comisión de Personal del DAPRE le corresponde lo siguiente:

ARTICULO 17. Funciones de la Comisión de Personal. En materia de carrera, la Comisión de Personal cumplirá las siguientes funciones:

17.1. Velar porque la valoración del desempeño laboral se realice conforme con lo establecido en las normas legales.

17.2. Solicitar al Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera¹ excluir de las listas de elegibles, a las personas que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, que no cumplan con las condiciones de seguridad requeridos por la entidad o incluidas con violación a las leyes o reglamentos que regulan el sistema específico de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

17.3. Conocer y decidir, en primera instancia, sobre las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser revinculados, cuando se les supriman los empleos.

¹ Apartes declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 645 de 2016.

17.4. Conocer y decidir, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados del sistema específico de carrera por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad.

17.5. Procurar porque los empleos se provean en el orden de prioridad establecido en las normas legales y porque las listas de elegibles sean utilizadas dentro de los principios de seguridad, economía, celeridad y eficacia de la función administrativa.

17.6. Las demás que le sean asignadas por la ley y los reglamentos.

Ahora bien, en relación con la provisión transitoria de empleos de carrera administrativa, el Decreto *ibídem*, en el artículo 8, establece:

ARTICULO 8. Clases de nombramiento. La provisión de los empleos de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República deberá realizarse mediante las siguientes clases de nombramientos:

8.1. En periodo de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos de carrera del sistema específico de carrera de la Entidad, con una persona seleccionada por concurso y tendrá un término máximo de duración de seis (6) meses.

8.2. De ascenso: Es aquel que se efectúa previa realización de concurso, para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel, en los cuales podrán participar quienes reúnan los requisitos para desempeñar el empleo.

8.3. En encargo: Mientras se surte el proceso de selección los empleos de carrera podrán ser provistos en encargo, con quién acredite los requisitos para su desempeño. El término de esta situación podrá ser de un (1) año.

En caso de que no sea posible realizar el encargo, podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo.

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

De otra parte, el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”, señaló:

Artículo 2.2.1.1.2. Provisión temporal. Mientras se realiza el proceso de selección, los cargos de carrera podrán proveerse temporalmente mediante encargo efectuado a empleados con derechos de carrera que acrediten los requisitos para su ejercicio,

posean las competencias laborales requeridas, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año inmediatamente anterior y la última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente. En caso de que no sea posible realizar el encargo por no existir empleado con las condiciones antes señaladas, los empleos podrán proveerse mediante nombramiento provisional hasta por un término de un (1) año, por medio de acto administrativo proferido por el nominador, sin más requisito que la certificación que al respecto expida el Jefe de Recursos Humanos o quien haga sus veces. El nombramiento provisional deberá recaer en personas que no ostenten derechos de carrera en el Sistema Específico del DAPRE, que reúnan los requisitos de estudio y experiencia y las competencias laborales exigidos para el desempeño de los respectivos empleos y que obtengan resultado favorable en el estudio de seguridad que deberá realizar la Entidad.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en consideración de una parte que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE, cuenta con un régimen específico de carrera establecido en el Decreto Ley 780 de 2005, y, de otra, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17² del mismo Decreto, no se estableció textualmente como una de las funciones de la Comisión de Personal de dicha Unidad la de conocer en primera instancia de las reclamaciones por encargo, se tienen sobre el particular los siguientes problemas jurídicos:

- A. ¿Es procedente que la Comisión de Personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE, conozca y tramite las reclamaciones por presunta vulneración al derecho preferencial de encargo que estimen pertinente presentar los servidores de carrera de dicha Entidad?**
- B. De ser procedente, ¿Cuál sería el alcance del ejercicio del derecho preferencial de encargo en el DAPRE?**

Con el fin de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, resulta necesario efectuar un análisis en relación con las normas y la jurisprudencia que regulan la materia.

III. ANÁLISIS

Previo entrar a analizar de fondo la respuesta a los problemas jurídicos planteados, resulta importante precisar que la aplicación de la figura de encargo en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – DAPRE se

² Declarado por la Corte Constitucional parcialmente inexecutable.

encuentra regulada en norma especial, motivo por el cual, **NO** será aplicable el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 ni las normas reglamentarias de éste.

Bajo este entendido y en virtud del artículo 8 del Decreto Ley 780 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015, el encargo en empleos de carrera del DAPRE tiene las siguientes características:

- Es una forma de provisión transitoria de empleos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva o temporal.
- El término de esa situación podrá ser de un (1) año.
- Se configura en un derecho para los servidores de carrera del DAPRE, que cumplan los requisitos.
- Se configura en un derecho preferencial bajo el entendido que prevalece respecto del nombramiento provisional, el que solo es posible en tanto no existan servidores de carrera que puedan ser encargados.
- Procede igualmente el encargo y el nombramiento transitorio para la provisión de empleos de carrera cuando sus titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, por el tiempo que duren aquellas

De las anteriores características, es posible concluir que distinto a lo que ocurre en el Sistema General de Carrera (artículo 24 de la Ley 909 de 2004), no se estableció como uno de los requisitos para contar con el derecho a encargo, el desempeñar el empleo inmediatamente inferior; en consecuencia, de la regulación específica se desprende que **NO** es posible predicar la existencia de un mejor derecho por dicha circunstancia.

Así las cosas, ante la pluralidad de servidores con derecho a encargo por el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 8 del Decreto 780 de 2005, corresponderá a la Administración en virtud de los principios de mérito y transparencia, determinar y divulgar ampliamente los criterios de desempate para establecer y elegir al funcionario que designará mediante encargo, criterios que en todo caso deben ser objetivos y ampliamente conocidos.

Es importante señalar que corresponderá a la Administración además determinar el orden de prioridad de aplicación de tales criterios.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar de fondo los problemas jurídicos en el siguiente orden:

A. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DE PERSONAL

En lo que respecta a las Comisiones de Personal, se tiene que en efecto, en el Decreto Ley 780 de 2005, no se estableció textualmente la competencia de la Comisión de Personal para conocer en primera instancia de las reclamaciones por encargo que estimen necesarias presentar los servidores con derechos de carrera al interior de la Entidad, facultad contemplada en el numeral segundo, literal e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, para las Comisiones de Personal de las entidades pertenecientes al sistema general de carrera y a aquellas que le son aplicables las disposiciones contenidas en la referida Ley, situación que en principio y en consideración a la regulación propia y a la especificidad de la carrera administrativa del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE, conllevarían a precisar que no se tiene competencia.

En relación con la aplicación y la constitucionalidad de las normas que regulan los sistemas específicos de carrera, la Corte Constitucional en Sentencia C – 1230 de 2005, señaló:

*“Según quedó explicado, con fundamento en los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, el Legislador está plenamente habilitado para instituir sistemas especiales de carrera, **sin perjuicio de que éstos se encuentren debidamente justificados y observen los principios y reglas que orientan el régimen general de carrera**, esto es, la filosofía que inspira el sistema general de acceso a los cargos públicos; presupuestos que, para los efectos del control de constitucionalidad, sólo pueden ser evaluados a la luz de las regulaciones legales que en forma concreta y específica implemente el legislador -ordinario o extraordinario- para cada una de las entidades descritas en el artículo 4° de la Ley 909 de 2004, beneficiarias de los sistemas específicos de carrera.” (Marcación Intencional)*

Ahora bien, de forma particular, en lo referente a las Comisiones de Personal, para casos similares, como lo es el Sistema Específico de las Superintendencias, esa misma Corporación en Sentencia C-250 de 2013, precisó:

“La Corporación ha explicado que “la configuración e implementación” de los sistemas específicos “hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente a la carrera administrativa” y que obedece a la necesidad de adecuar “los componentes constitucionales y legales de la misma, tanto a la complejidad que presenta la función pública, como a las variables que se producen en su seno”, adecuación que requiere “de un amplio margen de flexibilidad”³.

(...)

³ *Ibidem.*

En efecto, la discusión suscitada en la presente causa se desarrolla alrededor del alcance que tenga la singularidad del sistema específico de carrera de las superintendencias respecto del sistema general que prevé las comisiones de personal. Si esa singularidad tiene por consecuencia deslindar de manera absoluta el sistema específico del general, ninguna posibilidad tendrá la comisión de personal en el caso de las superintendencias, pero si se concluye que, sin perjuicio de su singularidad, los sistemas específicos no son independientes del general, las mentadas comisiones podrían existir en las superintendencias.

Acerca de este tópico ya la Corte ha expresado que los sistemas específicos de carrera administrativa **“aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese solo hecho como regímenes autónomos e independientes”**, pues son, “en realidad, una derivación del régimen general de carrera”, del cual se apartan solo “en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades”⁴. (Marcación Intencional)

Siendo así, los sistemas específicos contienen “una regulación complementaria”, cuya finalidad consiste en “armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades”, lo que conduce a que, “en todo caso”, deban mantenerse “los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”⁵. (Marcación Intencional)

(...)

El criterio precedente explica que la Ley 909 de 2004 haya previsto, en su artículo 16 y de manera imperativa, que “en todos” los organismos y entidades reguladas por ella “deberá existir” una comisión de personal, **habiéndose ocupado de señalar a continuación su composición y sus funciones, aspectos que, de conformidad con lo visto, no pueden ser variados al regular sistemas específicos y, mucho menos, desconocidos**, como se hace en el artículo 49 del Decreto 775 de 2005, demandado en la presente oportunidad.

Refuerza lo anterior la circunstancia de conformidad con la cual, en cuanto órgano de gestión de la carrera administrativa y según lo expuesto en otro acápite, la comisión de personal mantiene un estrecho vínculo con principios y derechos fundamentales de aspirantes, inscritos y encargados, al punto de constituirse en vehículo de su ejercicio concreto en el campo de la carrera administrativa. (Marcación Intencional)

(...)

⁴ Cfr. Sentencia C-1230 de 2005.

⁵ *Ibidem*.

*En nada contribuye a la realización de principios y derechos fundamentales la desaparición de las comisiones de personal en las superintendencias, **pues el ejercicio de los derechos que la existencia de una comisión de esa clase hace posible quedaría suspendido o sufriría una franca e inadmisibles restricción, al grado de propiciar el mantenimiento de un sistema específico que, por el solo hecho de ser paralelo al sistema general, no ofrecería garantías a los aspirantes, escalafonados o encargados, en lo atañedor al ingreso a carrera, la permanencia en el sistema, el ascenso o el retiro.***

(...)

*Además, el análisis de competencias asignadas a las comisiones de personal, tales como la atención de reclamaciones o el desarrollo de primeras instancias, **advierte acerca de que en ausencia de estos organismos se afectaría el debido proceso administrativo, con quebrantamiento evidente del artículo 29 superior, vulneración que se conecta con la del artículo 130 de la Carta, puesto que las funciones encargadas a las comisiones se ejercen en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuya función constitucional podría quedar desvirtuada si, a causa de la supresión de las comisiones de personal, no contara con la colaboración que estas pueden o deben prestarle.***

Y finalmente puntualizó:

*“En relación con este motivo de censura y de conformidad con reiterada jurisprudencia, **es de interés recordar que la configuración de un sistema específico de carrera administrativa debe atender los principios y derechos constitucionales y entre ellos el de igualdad, de forma tal que su instauración no sea la causa del otorgamiento de “tratos diferenciados para ciertos sectores de empleados que no se encuentren plenamente justificados”**”⁶.*

Con fundamento en las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional para casos similares, y en respuesta al primer problema jurídico planteado, a criterio de la Comisión Nacional del Servicio Civil es procedente considerar que ante la omisión legislativa contenida en el artículo 17 del Decreto Ley 780 de 2005, por el cual se reglamentó el sistema específico de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, debe darse aplicación a las disposiciones contenidas en el literal e), numeral segundo del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, esto es, que la Comisión de Personal de dicha entidad conozca y decida las reclamaciones por presunta vulneración al derecho preferencial de encargo formuladas por los servidores de carrera de dicha Entidad.

Lo anterior, habida cuenta que como bien lo ha sostenido la Corte Constitucional, los sistemas específicos de carrera no son autónomos e independientes del sistema

⁶ Cfr. Sentencia C-507 de 1995.

general, siendo procedente la aplicación de este último, en aquellos aspectos que no choquen con la especialidad funcional de las Entidades, situación que se evidencia en el caso particular, toda vez que, dicha atribución de la Comisión de Personal, no pugna con la especificidad de funciones del DAPRE.

Una situación contraria a lo expuesto, conllevaría a imponer a los servidores de carrera de dicha Entidad un trato diferencial injustificado, máxime cuando el mismo artículo 17, dispone que en relación con el sistema específico de carrera la Comisión de Personal cumplirá sus funciones, sin perjuicio de las que le sean asignadas por otras normas.

B. GENERALIDADES DEL PROCESO PARA RECLAMAR EL DERECHO PREFERENCIAL A ENCARGO EN EL DAPRE

Teniendo en consideración las anteriores precisiones, a continuación se establecen los eventos y requisitos en los cuales resultaría procedente la reclamación que por presunta vulneración al derecho preferencial de encargo puedan presentar los servidores de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República:

1. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Será procedente presentar la reclamación por encargo, entre otros, por los siguientes tres (3) eventos:

- Cuando se haya designado mediante encargo a un servidor que NO tenga el mejor derecho para ello, existiendo presuntamente para el reclamante este derecho.
- Cuando se haya provisto el empleo de carrera mediante nombramiento provisional, existiendo presuntamente para el reclamante el derecho a ser encargado.
- Cuando exista pluralidad de servidores que cumplen con los requisitos para el encargo y la Entidad dio incorrecta aplicación a los criterios de desempate previamente establecidos, designando a quien no le asiste el mejor derecho.

2. REQUISITOS DE FORMA⁷.

Las reclamaciones que se presenten ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y ante las Comisiones de Personal, deberán cumplir al menos, con los siguientes requisitos de forma:

⁷ Artículo 4º del Decreto Ley 760 de 2005.

- ✓ **Órgano al que se dirige.** El reclamante deberá dirigir la reclamación en primera instancia ante la Comisión de Personal y en segunda instancia a la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- ✓ **Nombres y apellidos completos del peticionario y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección.**

En caso que el reclamante decida actuar a través de representante o apoderado, deberá acompañar al escrito, el poder debidamente constituido.

Así mismo, y acorde con lo dispuesto en el artículo 56 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el servidor reclamante o su apoderado podrán incluir la dirección de correo electrónico con la autorización expresa de ser notificados de la decisión por este medio.

- ✓ **Objeto de la reclamación.** Teniendo en consideración la competencia de la Comisión de Personal y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el objeto de la reclamación deberá estar dirigido a demostrar:
 - La presunta vulneración al derecho de encargo que en todo caso sucederá cuando la administración, mediante acto administrativo resuelva proveer el empleo mediante encargo con un servidor que no cumpla con los requisitos exigidos para el mismo o que pese a cumplirlos, existe otro servidor con mejor derecho de conformidad con la aplicación de los posibles criterios de desempate.
 - Nombramiento en provisionalidad, existiendo presuntamente para el reclamante el derecho a ser encargado.
- ✓ **Razones en que se apoya.** El reclamante deberá expresar textualmente las razones de hecho y de derecho en que apoya su reclamación.
- ✓ **Pruebas que pretende hacer valer.** El reclamante deberá indicar y de ser el caso, aportar los elementos probatorios con las que pretende demostrar el objeto de su reclamación.
- ✓ **Fecha en que sucedieron los hechos que fundamentan la reclamación.**
- ✓ **Suscripción de la reclamación.** La reclamación deberá estar debidamente suscrita por quien la formula ya sea el reclamante o el apoderado.

En caso que la reclamación se presente de forma verbal, la persona que la recibe deberá elevarla a escrito y sugerir que la firme, en caso de que se niegue, se dejará constancia de ello por escrito.

3. REQUISITOS DE OPORTUNIDAD.

3.1. Reclamación en primera instancia ante la Comisión de Personal.

El término para interponer la reclamación por presunta vulneración al derecho de encargo será de diez (10) días hábiles contados a partir de la publicidad del acto administrativo por el cual la Entidad proveyó el empleo mediante encargo o nombramiento en provisionalidad, existiendo presuntamente para el reclamante tal derecho.

Es de precisar que corresponderá al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – DAPRE, en virtud de los principios que rigen la función pública, dar publicidad a los actos administrativos de nombramientos en encargo y provisionalidad; lo anterior con el fin de permitir que los terceros interesados puedan en término presentar la correspondiente reclamación.

3.2. Reclamación en segunda instancia ante la CNSC.

Dentro de los diez (10) días siguientes a que le sea notificada la decisión de primera instancia, el reclamante podrá presentar reclamación en segunda instancia para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, escrito que deberá contener los requisitos de forma desarrollados en líneas precedentes y que deberá presentar ante la Comisión de Personal o ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En caso de presentarse ante la Comisión de Personal, dicho organismo colegiado deberá enviarlo a la CNSC con el expediente completo del trámite surtido con ocasión de la reclamación en primera instancia.

La reclamación en primera y segunda instancia deberá seguir el trámite establecido en el Decreto Ley 760 de 2005, la Ley 1437 de 2011 y las instrucciones que al respecto imparta la CNSC.

El presente criterio fue aprobado en Sala Plena de Comisionados del 23 de enero de 2018 y deroga aquellos que le sean contrarios.


JOSE ARIEL SEPULVEDA MARTINEZ
Presidente