

Bogotá, D.C.

Señores
ANÓNIMO

Radicado de entrada: 201909270082 del 27 de septiembre de 2019
Asunto: Queja

Respetados señores,

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC recibió comunicación ANÓNIMA radicada bajo el No. 201909270082 del 27 de septiembre de 2019, en la que se indica de manera total y textual, lo siguiente:

“(…)La presente es para poner en conocimiento los siguientes hechos ocurridos en la XXXXXX con respecto a las vacantes que se presentan en la actualidad, el reporte de las vacantes para ascenso, y una posible violación de derechos en la convocatoria 001-2005. 1. La XXXXX no tiene constituida la Comisión de Personal desde el año 2016, para el año 2019 se presentaron 3 funcionarios y la ESE no realizó la convocatoria. 2. XXXXX No quiere presupuestar las vacantes que se encuentran actualmente, ya que se convirtió en fortín político. Son aproximadamente son 28 vacantes sin ocupar y un sin número de provisionales. 3. XXXXX No quiere hacer el reporte de las vacantes que son de ascenso argumentando que no sabe la norma y que como no los obligan no lo van a hacer. 4. Cuando existen encargos por vacaciones o licencias o vacancias temporales, la gerencia XXXXXX NO tiene en cuenta a las personas que cumplen los requisitos y se encuentran en carrera administrativa, para ningún encargo. 5. En la convocatoria 001-2005 se oferto el cargo de Secretario Ejecutivo con el manual de Funciones vigente para la fecha que fue el Acuerdo N° 001 del 30 del 2.001, Acuerdo No. de 2.002, Acuerdo 69 del 2006, que los requisitos eran textuales 27.2 REQUISITOS: A- EDUCACIÓN: Diploma de Bachiller en cualquier modalidad, título de formación técnica o tecnológica relacionado con sus funciones. Al ver que la persona que estaba en provisionalidad no había superado la prueba de conocimientos. se procedió a realizar la modificación del manual de funciones en año 2009 acuerdo No.110 de Agosto 6 de 2009 y modificar la vacante para evitar que saliera la lista de elegibles y tomar posesión la persona concursante. (...)”

Al respecto me permito informarle que, en el marco de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política y las atribuciones taxativamente contempladas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, procedió a requerir a la Gerente de la XXXXXXX, para que en el término perentorio de cinco (5) días posteriores a la comunicación efectiva del memorial, se sirva pronunciar sobre los hechos contemplados en los numerales 1, 2 y 3 de su escrito de queja.

Respecto del numeral 4, es preciso indicar que los literales a) y h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, asignan de manera específica las competencias para que la CNSC instruya a las entidades respecto del cumplimiento normativo para la provisión de empleos de carrera administrativa, situación que se traduce en la obligatoriedad de la observancia y acatamiento de las entidades a las instrucciones dadas por esta Comisión, sin que les sea potestativa su obediencia, pues, los pronunciamientos de la CNSC se estructuran como aplicaciones específicas y consonantes de las disposiciones de la normativa superior.

Por lo anterior, se precisa que en lo atinente a la provisión transitoria mediante encargo, el DAFP Y LA CNSC en la Circular Conjunta 20191000000117 del 29 de julio de 2019, dispuso:

"(...) 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 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 (...)."

De esta misma forma, el Criterio Unificado de la CNSC sobre provisión de empleos públicos mediante encargo y comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período que fue aprobado por Sala Plena de Comisionados del 13 de agosto de 2019 dispuso:

"(...) 3. ¿Cuáles son los presupuestos para que proceda el derecho preferencial de encargo de un servidor de carrera?"

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 10 de la Ley 1960 de 2019, define que el encargo es un derecho para los servidores de carrera administrativa, siempre que acrediten la totalidad de los requisitos allí definidos, coma son:

a) Acreditar los requisitos exigidos para el ejercicio del empleo a proveer transitoriamente;

- b) Poseer las aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo que se va a proveer;
- c) No tener sanción disciplinaria en el último año;
- d) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente o, en su defecto, satisfactoria;
- e) El encargo debe recaer en el empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior al que se pretende proveer en la planta de personal de la entidad (...)."

Cuya interpretación para dar aplicación al literal e), es la siguiente:

"(...) e) El encargo recaerá en el empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente

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 tal orden, para el otorgamiento del derecho de encargo se debe verificar inicialmente el empleo inmediatamente inferior, con el fin de establecer si existe un titular de carrera que acredite todas las condiciones y requisitos definidos por la norma. Así y en ausencia de servidor con calificación "Sobresaliente" en su última evaluación del desempeño laboral, el encargo recaerá en el servidor que en el mismo nivel jerárquico cumpla con los demás requisitos y cuente con calificación "Satisfactoria", procedimiento que deberá realizarse sucesivamente descendiendo en la planta de personal de la entidad.

De no existir servidor de carrera que reúna los requisitos, se podrán tener en cuenta los servidores que acaban de superar el periodo de prueba que, cumpliendo con los demás requisitos para el encargo, hayan obtenido una calificación "Sobresaliente" en la evaluación de dicho periodo de prueba o, en su defecto, una calificación "Satisfactoria" (...)."

En consecuencia, NO es dable esbozar una interpretación diferente ya que, todas las entidades administradas y vigiladas por la CNSC deben cumplir las instrucciones emitidas por esta Comisión Nacional del Servicio Civil conforme a las competencias referidas, los literales a) y h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, al ser una aplicación directa de las disposiciones dadas en la carta Constitucional.

Pese a lo enunciado en los párrafos precedentes, es menester indicar que el derecho preferencial de encargo nace a la vida jurídica, cuando habiendo un empleo en vacancia temporal o definitiva, la Administración en ejercicio de su autonomía decide proveerlo de manera transitoria antes que se realice el concurso de méritos para proveerla definitivamente, en caso de una vacante definitiva, o que el titular del empleo regrese a desempeñarlo, en caso de las vacantes transitorias.

Una vez la Entidad determina la necesidad de proveer el empleo transitoriamente, nace para los servidores de carrera el derecho preferencial a ser encargados, siempre que cumplan con los requisitos determinados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019. Para esto, la Entidad debe verificar dentro de su planta, cuál de sus servidores se configura como titular de tal prerrogativa.

Bajo este orden de ideas, se tiene que cuando la XXXXXXXXXXXXX, se encuentre ante la necesidad de proveer transitoriamente sus empleos de carrera, es esta misma la única competente para verificar cuál de sus servidores de carrera de la planta de personal, cumplen o no con los requisitos determinados por el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, para ser encargado en los mismos, teniendo que las Comisiones de Personal de las Entidades y la CNSC sólo podrá pronunciarse al respecto, cuando medie una reclamación laboral, la cual en todo caso deberá cumplir con los requisitos de forma (artículo 4° del Decreto Ley 760 de 2005) oportunidad (artículo 76 Ley 1437 de 2011 – CPACA) y procedibilidad (existencia de Acto Lesivo).

Ahora bien, para que resulte procedente la reclamación laboral por derecho preferencial de encargo, la presunta vulneración a tal prerrogativa debe estar efectivamente materializada; esto es, debe derivarse de la existencia del Acto Administrativo que determine proveer el empleo, ya sea por encargo de otro servidor de carrera o mediante nombramiento en provisionalidad, existiendo para el reclamante mejor derecho.

Es de advertir, que todas las actuaciones que sobre el particular adelante la Entidad antes de proferir el Acto Administrativo para proveer transitoriamente un empleo, son de mero trámite y por tanto, no se configuran como violatorios del derecho preferencial de encargo de ningún servidor de carrera; lo anterior, por cuanto no se ha materializado la provisión del empleo.

Así las cosas, el empleado de carrera que considere afectado su derecho a encargo, requiere necesariamente de la existencia del Acto Administrativo que estipule el nombramiento en encargo o provisión, motivo por el que no es dable a la CNSC atender quejas o reclamaciones genéricas o por interpuesta persona al carecer de la individualización de los Actos Administrativos atacados, así como por la falta de la legitimidad en la causa por activa.

Por último, respecto de su queja listada bajo el número 5, una vez revisado su contenido, se tiene que no es comprensible su finalidad, razón por la que en el marco de lo estipulado en el artículo 19 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, me permito solicitar la aclaración de dicha acusación, para proceder a brindarle una

respuesta de fondo y adecuada, razón por la que se le advierte del término perentorio de diez (10) días de los cuales dispone para la referida claridad, so pena del archivo de la petición.

Cordialmente,

Humberto García
HUMBERTO LUIS GARCÍA
Director Vigilancia de Carrera Administrativa

Proyecto: Jhony Javier Nustes