

Bogotá D.C. 02 SET. 2013
Radicado de salida: 2013EE 32353

Señora

Radicado de entrada: 2013ER-39217 del 15 de agosto de 2013
Asunto: respuesta petición.

Respetada señora

La Comisión Nacional del Servicio Civil recibió el 15 de agosto de 2013, escrito radicado con el número 39217 suscrito por Usted, mediante el cual presenta escrito denominado "Recurso de Apelación", contra el Decreto No. 233 de 2013, por el cual se le da por terminado un encargo.

En atención a lo anterior, el Despacho de Conocimiento considera pertinente realizar las siguientes precisiones:

1. ANTECEDENTES.

El día 15 de agosto último, la Comisión Nacional del Servicio Civil recibió escrito suscrito por Usted, el cual titula como "Recurso de Apelación" en el cual manifiesta lo siguiente:

1. El día cinco (5) de julio de 2013, fui notificada del contenido del Decreto número 233 fechado 3 de julio de 2013, mediante el cual se dio por terminado el encargo, que como SECRETARIA EJECUTIVA, CODIGO 449, GRADO 16, tenía en la Secretaría de Hacienda Municipal, desde hace varios años, para incorporar a la señora OLCA MARINA CELY HIGUERA, quien había sido retirada del servicio público años atrás.
2. El día once (11) de julio de 2013, siendo las 3:20 de la tarde, radiqué ante la comisión de personal del Municipio de Duitama, reclamación mediante derecho de petición, en razón de que me fue vulnerado el derecho preferencial al encargo.
3. El día primero (1º) de agosto de 2013 venció el término para dar respuesta a mi petición, sin embargo el día cinco (5) de agosto recibí el oficio número SGE-1080-145-13, suscrito por el presidente de la Comisión, manifestándome que se citó a Comisión de Personal del Municipio para ese mismo día, reunión en la que se trataría principalmente el tema presentado en mi petición y me informarían sobre lo acordado en ella, pero a la fecha no he recibido información alguna al respecto, silencio ante el cual debo presumir que la respuesta es negativa y por ende recurro a la segunda instancia que es la Comisión Nacional del Servicio Civil, para solicitar su

Línea Nacional CNSC 019003311011

Sede Principal: Carrera 4 N. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario de Atención al Público 8:00 a.m. – 5:00 p.m.

- b) La señora OLGA MARINA CELY HIGUERA, antes de ser retirada del servicio público, ostentaba el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, en la Oficina de Talento Humano del Municipio.
- c) Dentro de la planta actual existen cargos en provisionalidad con similares funciones, y asignación salarial al de la persona reincorporada por mandato judicial.
- d) Dentro de la planta de personal existen cinco (5) cargos de carrera administrativa, en VACANCIA DEFINITIVA, incluido el que yo ostentaba en encargo hasta el día 5 de julio de 2013, fecha en la cual fui retirada del mismo, los cuales me permito relacionar, a continuación: (...)

En su escrito, relaciona los empleos que se encuentran vacantes y manifiesta que los servidores que se encuentran desempeñándolos en calidad de encargo, son titulares de empleos de menor jerarquía al desempeñado en titularidad por Usted, (denominado Secretaria, Código 440, Grado 13), por lo que considera que la Administración no debió dar por terminado su encargo, sino cualquiera de los existentes en los otros cuatro empleos, comoquiera que son de menor nivel jerárquico, por tanto señala que el objeto de su recurso es: *se adelante lo pertinente, a efecto que se restablezca el derecho preferencial al encargo que tenía como SECRETARÍA EJECUTIVA, CODIGO 449, GRADO 16, EN LA SECRETARÍA DE HACIENDA MUNICIPAL DE DUITAMA, se mantenga la continuidad que llevaba en el encargo y en consecuencia se solicite tomar las medidas tendientes a subsanar los perjuicios causados con la decisión tomada mediante el Decreto 233 del 3 de julio de 2013.*

2. MARCO NORMATIVO.

La Ley 909 de 2004, en el artículo 16, numeral 2º, literal e), establece como una de las funciones a cargo de las Comisiones de Personal la de "Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos" (Subrayado fuera de texto). En virtud de esta competencia, es procedente que el titular de un empleo público acuda ante la Comisión de Personal (para el caso que nos ocupa, por presunta vulneración al derecho preferencial a encargo por la terminación del mismo), para que se pronuncie sobre situaciones y actos administrativos que presuntamente desconozcan sus derechos de carrera, específicamente el que les permite ser encargados en otros empleos, mientras se proveen de manera definitiva.

En el marco de las competencias funcionales de vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa asignadas a la CNSC, la misma Ley 909 de 2004, establece en el artículo 12, literal d), que esta Entidad resolverá en segunda

Línea Nacional CNSC 019003311011

Sede Principal: Carrera 4 N. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario de Atención al Público 8:00 a.m. -- 5:00 p.m.

instancia las reclamaciones sometidas a su conocimiento en relación con los asuntos del empleo público de carrera, por lo que la reclamación de segunda instancia elevada contra la decisión tomada por la Comisión de Personal se encuentra contemplada como uno de los trámites y actuaciones que cursarán siempre y cuando se **cumplan los requisitos de forma y oportunidad estipulados por las normas legales** y reglamentarias especiales y generales para los procesos administrativos de competencia de esta Comisión.

Los requisitos establecidos por el Decreto Ley 760 de 2005, particularmente en lo relacionado con los parámetros que deben cumplir las reclamaciones remitidas a esta Comisión Nacional son los siguientes:

Artículo 4º: Las reclamaciones que se formulen ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y ante las Comisiones de Personal de las entidades u organismos de la administración pública y las demás entidades reguladas por la Ley 909 de 2004, se presentarán por cualquier medio y contendrán, por lo menos, la siguiente información:

- 4.1 Órgano al que se dirige.
- 4.2 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.
- 4.3 Objeto de la reclamación.
- 4.4 Razones en que se apoya.
- 4.5 Pruebas que pretende hacer valer.
- 4.6 Fecha en que sucedieron los hechos que fundamentan la reclamación, y
- 4.7 Suscripción de la reclamación.

En caso de hacerla 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..."

Por su parte, el artículo 5 del Decreto Ley 760 de 2005, señala:

"(...) Artículo 5º. Para ser tramitadas las reclamaciones deberán formularse dentro de los términos establecidos en el presente decreto y cumplir con cada uno de los requisitos señalados en el artículo anterior; de lo contrario se archivarán. Contra el acto administrativo que ordena el archivo procede el recurso de reposición, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Cuando el órgano o entidad que reciba la petición no sea el competente, la enviará a quien lo fuere, y de ello informará al peticionario, de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo. (...)"

Dicho Decreto señala en su artículo 47 que "los vacíos que se presenten en este decreto se llenarán con las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo", por lo tanto, a aquellos asuntos no contemplados para el trámite de reclamaciones, les serán aplicables los criterios, parámetros y reglas del estatuto administrativo.

Al respecto se señala que si bien el decreto precitado no prevé explícitamente un término para la interposición de la reclamación, conforme lo hace frente a los casos

a partir del día hábil siguiente en que se genera la publicidad (notificación, comunicación o publicación) correspondiente del acto lesivo, para efectos de interponer la reclamación de primera instancia. En caso de presentar reclamación de segunda instancia, los diez (10) días se contarán a partir de la publicidad del acto que atiende la reclamación de primera instancia por parte de la Comisión de Personal de la entidad competente.

En todo caso y con el fin de garantizar la aplicación del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que respecto a la oportunidad y presentación de los recursos señaló: "...deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación según el caso...", la CNSC dará aplicación a la norma en cita, con lo cual se busca una mayor garantía para quienes hacen uso de estos derechos en el desarrollo de carrera administrativa.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Y RESPUESTA

En primer lugar, se precisa que una vez proferido el Decreto No. 233 del 3 de julio de 2013, suscrito por la Alcaldesa Municipal de Duitama, "*Por medio del cual da por Terminado un encargo*", en el empleo denominado Secretario Ejecutivo, Código 449, Grado 16, adscrito a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Duitama, y en el evento que Usted considerara que con tal decisión se lesionó su derecho preferencial a seguir siendo encargada en dicho empleo, debía presentar la reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal de la Entidad, mediante escrito que cumpliera con todos los requisitos contenidos en el numeral 4° del Decreto Ley 760 de 2005, y dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de publicidad del referido acto administrativo, lo que indica que la oportunidad para ello venció el día 17 de julio de 2013.

Ahora bien, del análisis realizado a los documentos aportados en el expediente, se observa que Usted no presentó la reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal del Municipio de Duitama, dentro de la oportunidad legal para ello, sino que procedió a radicar, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la C.P., un **Derecho de Petición** el 10 de julio de 2013, mediante el cual solicita "*se sirvan revisar la determinación tomada en relación con la terminación del encargo que tenía como SECRETARIA EJECUTIVA, en la Secretaría de Hacienda Municipal.*"

Bajo esta perspectiva, es claro que no estamos frente a una reclamación de primera instancia, sino ante una petición, frente a la cual la Comisión de Personal

Línea Nacional CNSC 019003311011

Sede Principal: Carrera 4 N. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario de Atención al Público 8:00 a.m. – 5:00 p.m.

del Municipio de Duitama, mediante oficio SGE-1080-145-13, del 5 de agosto de 2013, le manifestó que se citó a reunión de la Comisión en la que se trataría principalmente el tema presentado por Usted en tal petición, de lo que se le informaría oportunamente. No obstante, y comoquiera que a la fecha no le han otorgado la respectiva respuesta, invocó a su favor la configuración del silencio administrativo negativo para presentar ante la CNSC reclamación en segunda instancia.

Al respecto, el Despacho le informa que su solicitud elevada ante la CNSC no puede ser atendida de manera favorable, por las siguientes razones:

1. Conocido el Decreto No. 233 del 3 de julio de 2013, **Usted no interpuso reclamación de primera instancia** (en los términos de la normatividad mencionada en el numeral 2º “Marco Normativo” de éste documento) ante la Comisión de Personal del Municipio de Duitama, dentro del término de diez (10) días hábiles posteriores a la publicidad del acto presuntamente lesivo de sus derechos de carrera. Es de aclarar que lo presentado fue una “petición” tal como se observa del documento, por tanto el trámite que se debe dar no es de reclamación laboral, pues es claro que no cumple con los requisitos de los artículos 4º y 5º del Decreto ley 760 de 2005.
2. Es claro que el escrito titulado “Recurso de Apelación” presentado por Usted ante la CNSC, no equivale a una reclamación en segunda instancia, dado que como se indicó en el numeral anterior no se agotó la reclamación en primera instancia y por tanto no convocó en forma debida la competencia de la CNSC.
3. En cuanto al silencio negativo que invoca a su favor para presentar el “Recurso de Apelación” frente a la petición elevada a la Comisión de Personal del Municipio de Duitama, se informa que en gracia de discusión en el evento que tal solicitud se tratara de una reclamación en segunda instancia cuyo conocimiento fuera de la CNSC (que tal como se ha indicado en el presente caso no lo es), no ha operado aún la figura del silencio administrativo negativo toda vez que el artículo 83º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha previsto que éste solo se configura cuando transcurren tres (3) meses contados a partir de la fecha de presentación de la petición y toda vez que informa que ésta fue presentada a la Comisión de Personal el 11 de julio último, tal término se cumpliría el 10 de octubre de 2013.

Dichas circunstancias impiden a esta Comisión Nacional, efectuar pronunciamiento a título de respuesta a la reclamación de segunda instancia, pues se repite, por las evidentes carencias del conducto regular y competencia antes señaladas, no se tipifica su petición como reclamación de segunda instancia en los términos legales exigidos

normas de carrera administrativa, no puede avocar conocimiento en este caso, al no tratarse en estricto sentido de la reclamación en primera instancia de que trata el literal e), artículo 16 de la Ley 909 de 2004, de ahí la imposibilidad de resolver en segunda instancia ésta solicitud, al no haberse agotado el debido proceso en primera instancia.

Finalmente y para su conocimiento, a continuación se presentan algunas consideraciones relacionadas con la provisión definitiva de empleos de carrera y su prelación sobre la provisión transitoria de los mismos bien sea por encargo o nombramiento en provisionalidad, veamos:

En primer lugar, es necesario hacer referencia al artículo 125 de la Constitución Política mediante el cual se establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y, para lograr dicho cometido se le fijó a esta Comisión Nacional en el artículo 130 ibídem la competencia para administrar y vigilar la carrera administrativa en los términos establecidos en la Ley 909 de 2004.

Mediante el Decreto 1227 de 2005, se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, y en su artículo 7° se establece el orden de provisión definitiva de los empleos de carrera, que fue objeto de modificación mediante el artículo 1 del Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012, estableciendo lo siguiente:

"...ARTICULO 1. Modifícase el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, el cual quedará así:

*"Artículo 7°. La **provisión definitiva** de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997 una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil. (...)"

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad..." (El resaltado es intencional)

De conformidad con lo dispuesto en la norma anterior, el orden de provisión aplicable a la situación por Usted planteada, corresponde al numeral 7.1, en consecuencia la entidad debe adoptar las medidas que estime necesarias para dar estricto cumplimiento al fallo proferido por la autoridad judicial competente y proceder al reintegro en los términos y condiciones ordenadas en el fallo.

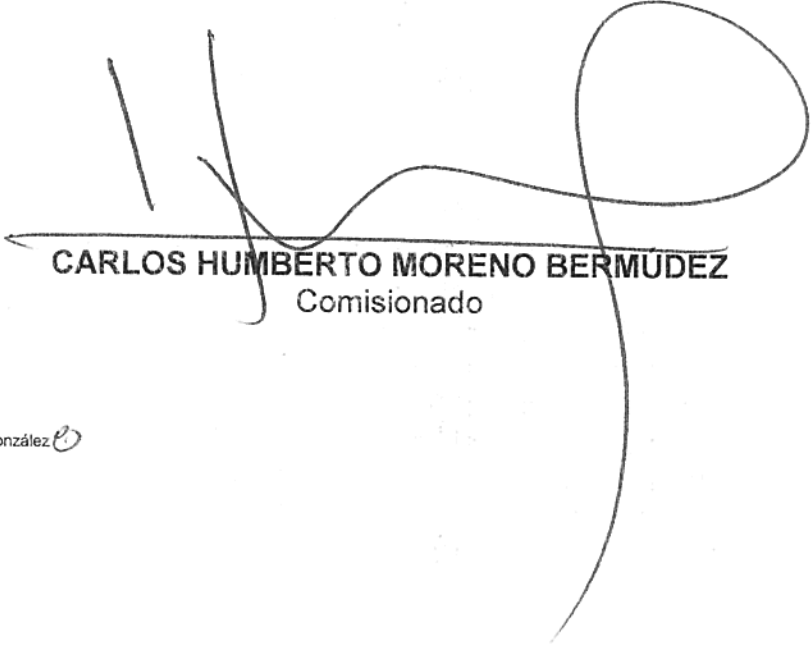
Línea Nacional CNSC 019003311011

Sede Principal: Carrera 4 N. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario de Atención al Público 8:00 a.m. – 5:00 p.m.

Así también resulta pertinente, hacer claridad que por regla general los empleos deben estar provistos de manera definitiva siguiendo para ello el orden de prelación que trae la norma previamente señalada, sin embargo a efectos de garantizar la adecuada prestación del servicio por parte de las entidades destinatarias de la Ley 909 de 2004, existen casos en que se hace necesario que durante el desarrollo del proceso tendiente a permitir la provisión definitiva de los empleos, se acuda a los mecanismos que excepcionalmente permiten la provisión transitoria de los mismos a través del encargo y del nombramiento en provisionalidad, lo que implica que el servidor que se encuentre desempeñando el empleo de manera transitoria (sin importar el tiempo que lo haya hecho) deba ceder ante la provisión definitiva del mismo, pues prevalecen los derechos del segundo.

En este sentido se atiende su solicitud, no sin antes precisar que la dirección física a la cual se dirige la presente respuesta, coincide plenamente con la suministrada en su escrito.

Cordialmente,



CARLOS HUMBERTO MORENO BERMUDEZ
Comisionado

Proyecto: Edith Urrea Aldana
Revisó: Paula Tatiana Arenas González

