

Bogotá D.C. 14 de mayo de 2013

Rad: 03-02-2013-19436

Of. 16687

Doctor

PEDRO ABSALÓN CIFUENTES CERÓN

Jefe de Oficina de Control Interno

Superintendencia de Industria y Comercio

Carrera 13 No. 27 – 00, Pisos 1, 3, 5, 7 y 10

Bogotá D.C.

Ref.: Competencia de Comisión de Personal respecto de reclamación por derecho a encargo e intervención de Jefe de Oficina de Control Interno para resolver empates al interior de la Comisión de Personal. Rad. 19436 de 2013.

Respetado doctor Cifuentes:

Procede este Despacho a dar respuesta a su solicitud de la referencia, atendiendo para ello, la órbita de competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, establecida en el artículo 130 de la Constitución Política Nacional y desarrollada en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 y, demás normas concordantes, en los siguientes términos:

1. LA FIGURA DE ENCARGO.

En primer lugar, es pertinente precisar que existen diferencias sustanciales entre el encargo y el nombramiento en provisionalidad, y no existe un concepto de “*encargo en provisionalidad*”.

Si bien, tanto el encargo como el nombramiento en provisionalidad son mecanismos de provisión transitoria, uno y otro, se distinguen ampliamente, en tanto, el primero, es un medio de provisión transitorio preferente y predicable respecto de empleados titulares de derechos de carrera y, el segundo, es subsidiario (en defecto de empleado con derecho a encargo) y se refiere a la vinculación de un sujeto ajeno a la carrera.

La facultad para proveer mediante encargo los empleos en las entidades y organismos del Estado corresponde al respectivo nominador, quien toma la decisión según las necesidades del servicio y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, según el cual, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes

y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

El encargo deberá recaer en un empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando, reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. Cabe precisar, que esta Comisión solamente es competente para autorizar los encargos en los casos que determine la ley, pero no tiene injerencia alguna en la escogencia del empleado público objeto del respectivo encargo.

Al analizar lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, observamos que el derecho preferencial a ser nombrado en encargo es un privilegio consagrado a favor del empleado de carrera dentro de las condiciones que la misma disposición prevé y, excluye a los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad para acceder mediante esta figura a un empleo de carrera administrativa.

2. LAS COMISIONES DE PERSONAL. Conformación y competencias.

2.1. Conformación:

Instituida dentro del Capítulo II del Título II de la Ley 909 de 2004, la Comisión de Personal hace parte de los órganos de dirección y gestión del empleo público y la gerencia pública, junto con el Departamento Administrativo de la Función Pública y las Unidades de personal de las entidades.

La Ley 909 de 2004 establece la conformación de Comisiones de Personal en todos los organismos y entidades del Estado regulados por la misma. Al respecto, el artículo 16 determina su conformación y funciones y define que debe existir una comisión de la entidad y comisiones en los niveles regional o seccional, si éstos existen. Dispuso, además, que las comisiones de personal deberán estar integradas por 2 representantes de los empleados y dos representantes de la entidad designados por el nominador o por quien haga sus veces.

Dicho artículo imprime a la institución, unas características propias, a saber:

1. Naturaleza legal,
2. Vocación de permanencia,
3. Ámbito de competencias determinado, (entre otros aspectos, funge como órgano garante de los derechos de carrera y primera instancia de vigilancia en dicha materia),

4. Conformación colegiada y paritaria.

El procedimiento para la conformación de las Comisiones de Personal está establecido en el **Decreto 1228 de 2005** "Por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 909 de 2004 sobre las Comisiones de Personal", el cual en su artículo 1°, señala:

"En todos los organismos y entidades regulados por la Ley 909 de 2004 deberá existir una Comisión de Personal conformada por dos (2) representantes del organismo o entidad, designados por el nominador o por quien haga sus veces y dos (2) representantes de los empleados quienes deben ser de carrera.

Los dos representantes que para el efecto designe el jefe del organismo o entidad serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa.

Los dos representantes de los empleados serán elegidos por votación directa de los empleados públicos del organismo o entidad y cada uno tendrá un suplente que deberá acreditar los mismos requisitos y condiciones del titular. No podrán participar en la votación los empleados cuya vinculación sea de carácter provisional o temporal.

En igual forma se integrarán Comisiones de Personal en cada una de las dependencias regionales o seccionales de los organismos o entidades. (...)" (Negrilla deliberada)

2.2. Competencias.

Las funciones de las Comisiones de Personal se encuentran establecidas, de manera genérica, en el artículo 16 de la ley 909 de 2004, que señala:

- a) *Velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación del desempeño se realicen conforme con lo establecido en las normas y procedimientos legales y reglamentarios y con los lineamientos señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las citadas atribuciones se llevarán a cabo sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el efecto, la Comisión de Personal deberá elaborar los informes y atender las solicitudes que aquella requiera;*
- b) *Resolver las reclamaciones que en materia de procesos de selección y evaluación del desempeño y encargo les sean atribuidas por el procedimiento especial;*
- c) *Solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de las personas que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, o con violación de las leyes o reglamentos que regulan la carrera administrativa. En el caso de no atenderse la solicitud, deberán informar de esta situación a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que adopte las medidas pertinentes;*
- d) *Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos;*

- e) 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;¹
- f) Velar 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 economía, celeridad y eficacia de la función administrativa;
- g) Velar porque en los procesos de selección se cumplan los principios y reglas previstas en esta ley;
- h) Participar en la elaboración del plan anual de formación y capacitación y en el de estímulos y en su seguimiento;
- i) Proponer en la respectiva entidad la formulación de programas para el diagnóstico y medición del clima organizacional;
- j) Las demás funciones que le sean atribuidas por la ley o el reglamento.

Así pues, entre otros aspectos, a las comisiones de personal les corresponde conocer en primera instancia de las reclamaciones que interpongan los empleados de carrera administrativa, con ocasión incorporaciones, o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o **por los encargos**.

Teniendo en cuenta que la norma no especificó unas particulares causales por las cuales los empleados de carrera pudiesen activar la instancia de reclamación ante la comisión de personal de la entidad, con ocasión de los encargos, ha de entenderse que el ámbito de conocimiento se circunscribe a todas aquellas circunstancias en las que el empleado considere que se lesiona su derecho a encargo, esto es, entre otras, porque no se le reconoció el derecho a encargo, porque se le desmejoró en sus condiciones laborales al otorgarle un encargo, o porque se le terminó teniendo derecho a mantenerlo, etc.

Cabe precisar que, una cosa será evaluar si se lesionó **el derecho a encargo** y si así fuera, tomar las decisiones tendientes a restablecerlo y, otra, entrar a evaluar la legalidad de la motivación de la decisión del nominador, tema que si bien puede guardar relación con la reclamación, no es el objeto de esta.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Decreto 760 de 2005, las Comisiones de Personal deben resolver las reclamaciones de primera instancia a través de **actos administrativos** motivados y emitidos con base en las pruebas aportadas o recaudadas. Esto conlleva a la expedición de actos propios de la comisión de personal, que deben ser suscritos por quien tiene la competencia para el efecto, según el reglamento adoptado, lo cual por regla general recae en el presidente de la misma.

¹ Se precisa que las funciones asignadas a las comisiones de personal en los literales d) y e), no podrán ser ejercidas por las comisiones de personal de las dependencias regionales o seccionales. Ver artículo 6° del Decreto - Ley 760 de 2005 y sobre éste, la sentencia C-318 de 2006.

Ahora bien, en caso de presentarse empate en cuanto a la decisión de una reclamación en instancia de reclamación ante la Comisión de Personal, por mandato del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, el mismo será dirimido por el Jefe de Control Interno de la respectiva entidad.

En efecto, el inciso segundo del precitado artículo señala: *“Las decisiones de la Comisión se tomarán por mayoría absoluta. En caso de empate se repetirá nuevamente la votación y en caso de persistir, este se dirimirá por el Jefe de Control Interno de la respectiva entidad.”*

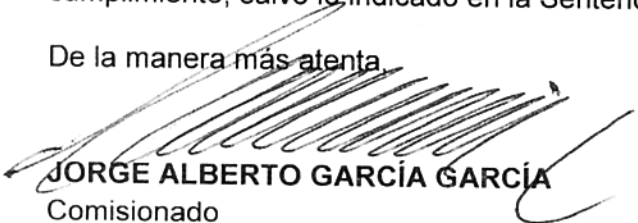
Respecto al aparte subrayado, es pertinente señalar que mediante Sentencia C-073 de 2006, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional lo declaró exequible *“...en el entendido que sólo podrá dirimir el empate, cuando no haya participado en la evaluación del desempeño del respectivo empleado de carrera.”*

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 1228 de 2005, establece:

Artículo 3°. *El Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces en los organismos y entidades a las cuales se refiere el presente decreto, será el Secretario de la Comisión de Personal, quien no tendrá voto, y en ningún caso podrá ser miembro de la misma. Tampoco podrá ser miembro de la Comisión de Personal el Jefe de Control Interno o quien haga sus veces, salvo que deba actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 909 de 2004.*


Así las cosas, es claro que si bien está definido que el Jefe de Control Interno no puede ser miembro de la Comisión de Personal, si está facultado para dirimir los empates que se susciten en temas de competencia de la Comisión de Personal, lo cual obedece a una disposición que se encuentra plenamente vigente en el ordenamiento jurídico y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento, salvo lo indicado en la Sentencia C- 073 de 2006.

De la manera más atenta


JORGE ALBERTO GARCÍA GARCÍA
Comisionado

P. AECJ.

Línea Nacional CNSC 01903311011


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.