

02 – 004292

Bogotá, D.C. **Febrero 12 de 2010**

Radicado 2-2009-33900

Doctora
SANDRA LILIANA BAUTISTA LOPEZ
Directora
Departamento Administrativo Servicio Civil Distrital
Carrera 30 No. 24 – 90 Piso 9
Bogotá D.C.

ASUNTO: Concepto sobre la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período.

Procede este Despacho a responder su solicitud del asunto.

1. ANTECEDENTES:

Refiere la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital que la entidad le otorgó a una empleada de carrera administrativa comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción por el término de un (1) año a partir del 3 de mayo de 2004. Para ese entonces, su última evaluación del desempeño laboral fue satisfactoria.

Agrega que durante la comisión, el cargo fue suprimido y la empleada no se reintegró al mismo, razón por la cual se declaró la vacancia del cargo. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó el reintegro de la funcionaria al cargo del cual era titular. En este orden de ideas, solicita a la CNSC absolver los siguientes interrogantes:

1. *“¿Cómo quiera que la funcionaria en comento, a la fecha tendría aproximadamente 5 años 6 meses en comisión para el desempeño de empleos de libre nombramiento y remoción, es obligación de la administración otorgarle nueva comisión, y porque lapso?”*
2. *¿Los seis años a que alude la norma deben entenderse dentro de una vinculación con la misma entidad o durante la vida laboral del funcionario?”*
3. *Bajo qué circunstancias la entidad puede negarse a otorgar comisión para el desempeño de empleos de libre nombramiento y remoción?”*
4. *¿Si el resultado de la evaluación del desempeño determina la obligatoriedad o no, de conceder la comisión para el desempeño de empleos de libre nombramiento y remoción, y éste requisito no se da, toda vez que en su lugar existen acuerdos de gestión, como se determina la viabilidad de su otorgamiento?”*

2. CONSIDERACIONES JURIDICAS:

Previamente a emitir respuesta, este Despacho presenta las siguientes consideraciones:

Características de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción:

- a) Es una situación administrativa respecto al servicio, por hechos legalmente previstos y para la entidad que la otorga produce efectos en tanto no puede disponer de manera definitiva del cargo de carrera, pues esta figura da lugar a una vacancia transitoria o temporal; es decir que el servidor comisionado conserva sus derechos de carrera y en consecuencia puede regresar al cargo al terminar la comisión o antes en caso de darse alguna de las causales de retiro del servicio frente al empleo de libre nombramiento y remoción o de período.
- b) No es una condición el otorgamiento previo de la comisión respectiva para la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción con empleados de carrera; por el contrario, para que surja el derecho a la comisión, el servidor que la solicita debe contar primero con el nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción o de período y además cumplir con los requisitos que exige la ley para ser acreedor de ese derecho.

2.1. Comisión de empleados de carrera en empleos de libre nombramiento y remoción prevista en la Ley 443 de 1998. El artículo 11 de la Ley 443 de 1998 preveía la figura de la comisión de los empleados de carrera en empleos de libre nombramiento y remoción. En lo pertinente, la norma en cita disponía *“Los empleados de carrera podrán desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción hasta por el término de tres (3) años, para los cuales hayan sido designados en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados, o en otra. Finalizados los tres (3) años, el empleado asumirá el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentará renuncia del mismo. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia del empleo y lo proveerá en forma definitiva...”* (Subrayado fuera del texto).

De la norma en cita se desprenden dos grandes conclusiones:

1. En primer lugar, la Ley 443 de 1998 estableció que la duración de la comisión en empleos de libre nombramiento y remoción tendría un término máximo de tres (3) años, vencidos los cuales el empleado debía regresar al empleo de carrera del cual era titular, so pena de declararse la vacancia definitiva del empleo.
2. De otra parte, la Ley 443 de 1998 no previó la posibilidad de prórroga de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción.

2.2. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período de conformidad con la Ley 909 de 2004. La comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción es un derecho del empleado de carrera que obtenga una calificación sobresaliente en su evaluación del desempeño, entendiéndose por esta, la correspondiente al período anual u ordinario. En cuanto a su duración, la comisión puede ser otorgada hasta por tres (3) años, prorrogable por un término igual, plazo que deberá computarse en relación con un mismo empleo o respecto de todos aquellos para los cuales se haya otorgado comisión a un servidor de carrera durante su vida laboral. Es claro entonces, que por mandato legal la comisión podrá ser máximo de seis (6) años para empleos de libre nombramiento y remoción y hasta por el término de duración del período en aquellos casos en que el mismo supere los seis (6) años, so pena que el empleado comisionado sea desvinculado de manera automática del empleo de carrera administrativa del cual es titular.

Por tanto, vencido el término de la comisión o el de su prórroga, el empleado deberá volver al empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De lo contrario, la entidad declarará la vacancia del empleo y lo proveerá de manera definitiva, al tenor de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 43 del Decreto No.1227 de 2005.

Con relación a la declaratoria de la vacancia del empleo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado: *“Cuando finaliza el término de seis (6) años en comisión y el empleado no asume su cargo de carrera, ya que conociendo la consecuencia que la ley dispone para esa eventualidad, no es desproporcionado ni irrazonable exigirle un mínimo de diligencia para definir su situación y, si no se reintegra, es factible entender que su decisión voluntaria es, precisamente, la de no reintegrarse y la de asumir las consecuencias de esa decisión, cosa que ha de entenderse, sin perjuicio de que, en garantía de su derecho al debido proceso, se le comuniquen la iniciación de las actuaciones orientadas a declarar vacante el cargo y a producir el retiro, a fin de que, según lo apuntado, tenga la oportunidad de controvertir las razones alegadas por entidad, que no pueden ser otras que la superación del lapso indicado en la ley y la circunstancia de no haber asumido su cargo de carrera”*¹.

Teniendo en cuenta que el servidor en su vida laboral, puede ocupar varios empleos con derechos de carrera en distintas entidades, tendrá el deber de informar al momento de solicitar una comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período, si ha sido beneficiario de estas comisiones y el tiempo total de duración de las mismas incluidas sus prórrogas.

Es preciso, finalmente advertir que el artículo 26 de la ley 909 de 2004, es suficiente y claro en cuanto a lo que en él se dispone y en consecuencia no requiere ni admite interpretaciones, razón suficiente para dar aplicación a las reglas generales de interpretación de las normas que señalan que donde la Ley no distingue no le es dado al interprete distinguir; de otra parte, debe también aplicarse el principio que prevé que tanto las excepciones como las prohibiciones han de ser taxativas en la Ley, situación que no ocurre en este caso, pues no se encuentra excepción que permita extender la duración de la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción *mas* allá de seis años bien sea en el mismo empleo para el cual se otorgó o en empleos diferentes y hasta por el término de duración del período para empleos de esta naturaleza, en aquellos casos en que el mismo supere los seis (6) años. Al respecto el artículo 27 del Código Civil y que resulta aplicable al caso, dispone: *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*

En síntesis, en atención a lo normado, vencidos la totalidad de los términos de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, el empleado de carrera deberá regresar al empleo del cual es titular de derechos de carrera o en su defecto liberarlo para que acceda al mismo otra persona luego de un proceso de selección por méritos, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución Política para los empleos del sector público, que en su mayoría deben ser de carrera administrativa.

3. RESPUESTA:

La situación fáctica descrita por la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, constituye apenas una hipótesis para las respuestas, pues no se cuenta con documentos soportes de la servidora beneficiaria de comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción. Además las preguntas se responden en el mismo orden en que fueron formuladas.

¹ Sentencia C-175 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil

A la pregunta 1: Para responder, sobre el momento en que empieza a contabilizarse el término de duración de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, es preciso tener en cuenta tres escenarios posibles en relación con su otorgamiento:

a) Comisiones otorgadas e iniciadas y extinguidas bajo la vigencia de la Ley 443 de 1998. En este caso la comisión o comisiones otorgadas y el término de duración o la sumatoria de éstas, no será tenido en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004. En el caso en examen, la CNSC considera que, en vigencia de la Ley 443 de 1998 no era procedente jurídicamente prorrogar la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción. La duración máxima de la comisión era de tres (3) años, vencidos los cuales el empleado debía regresar a su empleo de carrera.

b) Comisiones otorgadas e iniciadas bajo la vigencia de la Ley 443 de 1998 y culminadas con la Ley 909 de 2004. La duración de éstas, no computará para el término máximo de seis (6) años previsto en la Ley 909/04. Se entiende entonces, que bajo la Ley 909 de 2004, el empleado inicia una nueva comisión la cual se sujetara a las condiciones señaladas en el literal “c” que aparece en el párrafo siguiente.

c) Comisiones otorgadas e iniciadas bajo la vigencia de la Ley 909 de 2004. En este caso la comisión o comisiones otorgadas y sus prórrogas, no podrán exceder de seis (6) años para empleos de libre nombramiento y remoción y/o hasta por el término de duración del período cuando éste exceda los seis (6) años, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

En el caso concreto, la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción, según se afirma, fue otorgada a partir del 3 de mayo de 2004, en vigencia de la Ley 443 de 1998, por lo que no era posible su prórroga; sin embargo, el 23 de septiembre de 2004, al publicarse la Ley 909, se estableció una nueva reglamentación que prevé que la comisión se puede otorgar por tres (3) años con posibilidad de prórroga hasta por tres (3) años más. Tal como se indico, la comisión otorgada antes de entrar en vigencia la Ley 909/04 no contabiliza para el término de seis (6) años como máxima duración de la misma en el actual marco legal vigente.

Por tanto, con relación a este interrogante, la CNSC estima que corresponde a la entidad, establecer de acuerdo con los escenarios antes descritos la procedibilidad o no del otorgamiento de una nueva comisión siempre que la servidora cumpla los requisitos previstos en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y por supuesto si el empleado de carrera ha sido nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción o conserva el mismo para que proceda la prórroga.

A la pregunta 2: La CNSC considera que el término de seis (6) años previsto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 como plazo máximo para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o por el término de duración del período para los empleos de esta naturaleza hace referencia a la vinculación del empleado de carrera con la administración pública y no con una entidad o cargo toda vez que la norma en cita es clara en señalar que *“En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática”*.

De lo transcrito, se concluye que bajo la vigencia la Ley 909 de 2004, la comisión o la suma de ellas, sin importar si fue otorgada para uno o varios empleos dentro de la entidad o en diferentes entidades, no puede exceder el término de seis (6) años o el de duración del período, ya que al

desconocerse dicho plazo, el empleado de carrera, con observancia del derecho al debido proceso, será desvinculado del cargo del cual es titular.

Y es que el propósito de la norma no se dirige a que el empleado de carrera permanezca en un empleo de libre nombramiento y remoción de manera indefinida y que durante su vida laboral solo llegue a ejercer por cortos períodos de tiempo las funciones del empleo de carrera para el cual concursó y superó con éxito la evaluación del desempeño laboral.

La normatividad vigente sobre carrera administrativa busca otorgar, a los empleados de carrera que se han destacado en el desempeño de sus empleos, estímulos y beneficios, así como la posibilidad de acceder a encargos y comisiones, pero no por períodos tan prolongados, pues desnaturaliza la regla de la provisión de empleos de carrera con el ánimo de permanencia en el mismo por parte de los servidores, en beneficio del interés particular, el cual por voluntad del legislador se entiende más que satisfecho cuando un empleado goza hasta por seis (6) años de la comisión en referencia o por la duración del período cuando este excede los seis (6) años.

A la pregunta 3: En primer lugar, la CNSC precisa que la entidad puede negarse a conceder la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período, cuando el empleado de carrera no cumpla con los requisitos previstos en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

En segundo lugar, cabe señalar que, si el empleado de carrera no obtiene una calificación sobresaliente en su desempeño laboral, la entidad podrá o no otorgar tal comisión. Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 26 de la Ley 909 de 2004 y 43 del Decreto 1227 de 2005 que señalan que la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción es un derecho de los empleados de carrera que obtengan una evaluación del desempeño sobresaliente. De otra parte, será facultativo de la entidad otorgar esta clase de comisiones a los empleados de carrera con evaluación del desempeño satisfactoria.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional al expresar:

*“El artículo 26 -parcialmente acusado- de la Ley 909 de 2004 consagra dos situaciones a favor de los empleados de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período: a) Para quien haya obtenido evaluación del desempeño **sobresaliente** el **derecho** a que se le otorgue comisión hasta por el término de tres(3) años -prorrogable por el mismo término-, para desempeñar dichos cargos y, b) Para quien haya obtenido evaluación del desempeño **satisfactorio** la posibilidad de que se le otorgue la misma comisión. Es cierto entonces, que empleados de carrera en situaciones diferentes pueden lograr la misma finalidad constitucionalmente válida -que se les otorgue comisión-; sin embargo, para los mejor calificados -como sobresaliente- el resultado de su evaluación de desempeño automáticamente se convierte en **derecho** porque el legislador no ha puesto ninguna otra condición, es decir, debe concedérsele en caso de solicitarlo pero sólo para cumplir la finalidad consagrada en la norma. Por el contrario, para quien ha obtenido una evaluación de desempeño inferior -como satisfactoria- el resultado le representa una mera **expectativa**, cuya realización depende de la discrecionalidad del nominador, es decir, éste puede negársela”.*

A la pregunta 4: Se responde indicando que la evaluación a los servidores que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción en empleos del nivel directivo, desde la perspectiva de la administración pública, tiene una finalidad diferente a la evaluación del desempeño laboral de los servidores de carrera.

En este sentido, la CNSC considera que el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 es claro en señalar que uno de los requisitos esenciales para conceder la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción es que el empleado de carrera obtenga una evaluación sobresaliente en el empleo del cual es titular.

Lo anterior significa que la entidad no podrá tener en cuenta los acuerdos de gestión para conceder la comisión, toda vez que dichas evaluaciones se proferieron en virtud del empleo de libre nombramiento y remoción y no para el empleo del cual ostenta derechos de carrera, que es del que parte el derecho para ser comisionado en empleos de libre nombramiento y remoción.

Por tanto, si el desempeño del empleado de carrera no ha sido evaluado en el empleo del cual es titular, no procederá el otorgamiento de la comisión para ocupar empleo de libre nombramiento y remoción o de período, por cuanto carece de uno de los requisitos que exige el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 para su concesión.

El párrafo del artículo 78 del Decreto 1227 de 2005 señala: *“El desempeño laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción de Gerencia Pública, se efectuará de acuerdo con el sistema de evaluación de gestión prevista en el presente decreto. ...”*, se cita la norma para aclarar que la evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera debe hacerse de conformidad con el sistema propio adoptado por cada entidad y aprobado por la CNSC o en su defecto con el sistema tipo.

El presente concepto se emite en los términos y condiciones previstas por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y fue aprobado por votación mayoritaria en sesión de la CNSC del día once (11) de febrero de dos mil diez (2010).

Cordialmente,

Original Firmado
FRIDOLE BALLEEN DUQUE
Comisionado

P/Claudia O.