



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

02 - 012921

Bogotá, D.C. Julio 17 de 2009

Radicado 2-2009-11300

Señor

Montería, Córdoba

ASUNTO: Concepto sobre la viabilidad que un empleado provisional desempeñe mediante comisión un empleo de período.

Procede este Despacho a responder su solicitud del asunto.

1. ANTECEDENTES:

Refiere el peticionario que desde el año 2000, la señora Margarita Baloco fue vinculada a una ESE del municipio de Majagual, Sucre, mediante nombramiento provisional para desempeñar el cargo de Profesional del área de la Salud. En la Convocatoria 01 de 2005, aprobó la Prueba Básica General de Preselección.

Agrega que dicha funcionaria conforma la terna para designar el Gerente de la ESE. En el evento de ser nombrada como Gerente no quiere perder la posibilidad de ser inscrita de manera extraordinaria en carrera en el empleo de profesional. En este orden de ideas solicita a la CNSC absolver los siguientes interrogantes:

1. *“Cuál y ante quién, sería el procedimiento para tramitar dicha Comisión u otra figura que la ampare la ley (sic) y ser nombrada Gerente, sin perder su cargo inicial.*
2. *Si no se tiene derecho a comisión ya que no está inscrita aún en carrera administrativa, qué otra figura legal la ampararía para que ocupe el cargo de Gerente, sin perder su cargo inicial.*
3. *Que sugerencias se hacen en aras de ocupar dicha Gerencia, pero sin perder el cargo que se tiene actualmente”.*

2. CONSIDERACIONES JURIDICAS:

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

2.1 Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo. Los artículos 26 de la Ley 909 de 2004 y 43 del Decreto 1227 de 2005, son



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

claros en señalar 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. De lo anterior, se concluye que, en ambos casos, la ley hace referencia a empleados con derechos de carrera, es decir, que hayan sido inscritos en el Registro Público de Carrera.

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”.*

2.2. Naturaleza Jurídica del Acto Legislativo No. 01 de 2008. Con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008, en sesión de fecha 31 de enero de 2009 la CNSC se pronunció sobre la Naturaleza Jurídica, Alcances y Efectos Generales del Acto en mención.

En este pronunciamiento, la CNSC considera que la inscripción extraordinaria en carrera administrativa contenida en el Acto Legislativo 01 de 2008 ostenta una naturaleza jurídica constitutiva de un derecho general y abstracto para los empleados con nombramiento en provisionalidad o encargo que cumplan los requisitos establecidos en ese acto. Por tanto, los derechos de carrera solo serán adquiridos a partir de la inscripción extraordinaria que haga la CNSC en el Registro Público.

Esta adquisición de derechos de carrera administrativa, conforme al Acto Legislativo, supone que el vínculo legal y reglamentario que une al empleado con nombramiento en provisionalidad o encargado esté vigente hasta la fecha en que se produzca el acto administrativo por el cual se inscribe al empleado en el registro público, posición que se fundamenta en lo dispuesto por el legislador en el acto legislativo mencionado cuando expresa:



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

“Para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera”.

3. RESPUESTA:

Con base en las anteriores consideraciones, el Despacho estima que un empleado en provisionalidad que eventualmente pueda ser inscrito en carrera de manera extraordinaria no puede ser comisionado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, tal como lo prescribe el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, ya que dicha figura solo le es aplicable a los empleados con derechos de carrera.

Aunado a lo anterior, se precisa que no existe ningún mecanismo constitucional ni legal por medio del cual la funcionaria que acepte el nombramiento de Gerente de una ESE pueda conservar el cargo de profesional del área de la salud, toda vez que su estabilidad como provisional es precaria y no cuenta con los beneficios que se otorgan a los empleados de carrera que han adquirido sus derechos en virtud de un concurso de méritos.

De otra parte, el Acto Legislativo exige que el empleo, a la fecha de inscripción en el registro público, sea el mismo que ocupaba el empleado a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, es decir, que el vínculo legal y reglamentario con el empleo no haya terminado durante dicho período.

Por tanto, si la funcionaria decide aceptar el nombramiento en el empleo de Gerente de la ESE, y aún no ha sido inscrita en carrera para el empleo de profesional en el área de la salud, el Despacho considera que dicha funcionaria perderá el beneficio de la inscripción extraordinaria en carrera conforme al Acto Legislativo 01 de 2008, por cuanto, los derechos de carrera administrativa se adquieren con la efectiva inscripción extraordinaria en el Registro Público y no antes.

Finalmente, con relación al trámite de inscripción extraordinaria en carrera, el Despacho informa que la CNSC, en sesión del 30 de junio de 2009, aprobó los mecanismos para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria a los servidores que cumplan los requisitos establecidos para tal efecto en el Acto Legislativo 01 de 2008, así como el procedimiento que se debe cumplir ante la CNSC y expidió el *ACUERDO 02 PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008*, fechado el 1 de julio de 2009.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

Así las cosas, los Representantes Legales de las entidades podrán iniciar el trámite de solicitud de inscripción extraordinaria a partir del próximo 1º de agosto, siguiendo el procedimiento que para el efecto se ha definido en el citado Acuerdo.

El texto completo de los ACUERDOS 01 y 02 PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008, así como el formulario para ser diligenciado por los empleados y el aplicativo para adelantar el trámite de inscripción extraordinaria, podrán ser consultados en la página www.inscripcionextraordinaria.gov.co.

Este concepto se emite en los términos y condiciones previstas por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Original Firmado
FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado

P/Claudia O.