



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20162010314361

Fecha: 19-10-2016

Página 1 de 16

Bogotá, D.C.

Doctora

GRACIELA CECILIA RETAMOSO LLAMAS

Directora de Gestión del Talento Humano

Secretaría Distrital de Salud

Carrera 32 # 12-81

Bogotá D.C.

Asunto: Evaluación del Desempeño Laboral que debe tenerse en cuenta a efectos de obtener reconocimiento de comisión para ejercicio de empleo de libre nombramiento y remoción y/o encargo.

Cordial saludo,

Respetada doctora Graciela,

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:

I. ANTECEDENTES:

Mediante escritos radicados en esta Comisión bajo los números 20166000446682 y 20166000454742 del 27 y 29 de septiembre de 2016, respectivamente, la Dra. Graciela Cecilia Retamoso Llamas, Directora de Gestión del Talento Humano de la Secretaría Distrital de Salud, eleva consulta en materia de evaluación del desempeño para efectos del otorgamiento de encargo en empleos de carrera o comisión para el desempeño de un empleo de libre nombramiento y remoción.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

- **Respecto de la Comisión para el ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo.**

A la luz de lo dispuesto en el artículo 2.2.5.10.1 del Decreto 1083 de 2015, la figura de la Comisión comporta una de las varias situaciones administrativas¹ en que puede encontrarse los empleados vinculados a la administración.

Se constituye, cuando por disposición de autoridad competente, el empleado ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular. (Art. 2.2.5.10.17 ibidem)

De conformidad con el artículo 2.2.5.10.18 del mencionado estatuto, existen 4 tipos de comisiones, a saber:

- a) De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.
- b) Para adelantar estudios.
- c) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en carrera administrativa,
- d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

Como se observa, una de las posibilidades de uso de la figura de "comisión" es para desempeñar un empleo de **libre nombramiento y remoción o de período**.

Sobre este tipo de comisión, el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, establece:

"Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. 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." (Negrita deliberada)

Y, agrega:

¹ La situación administrativa es la condición jurídica particular en que se encuentra el empleado vinculado, respecto del desempeño de las funciones que le corresponden por razón del cargo que ocupa.



"Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil."

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria."

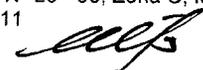
En relación con el término de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, esta entidad a través del Concepto No. 004291 del día 12 de febrero de 2010, sentó su posición jurídica, de cara a la interpretación del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

"...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 intérprete 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, vencida 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".

"...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 éste excede los seis (6) años". (La negrilla es agregada)

Resulta importante mencionar que la citada posición jurídica encuentra sustento en lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-175 de 2007, respecto de la cual se citan a continuación algunos extractos:



(...) es suficiente verificar el transcurso de los seis años exigidos y el hecho de que el empleado no haya retornado a su cargo de carrera para que se activen los mecanismos dirigidos a declarar la vacancia y se proceda a disponer el retiro, mas no implica la pretermisión del acto administrativo pertinente o de la actuación anterior a su expedición, ni de la comunicación del inicio de esa actuación al empleado, ni de la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, para indicar, por ejemplo, que no se reúnen las condiciones objetivas que, según la disposición analizada, justifican la declaración de vacancia del cargo y el retiro automático.

(...)

... artículo 26 de la Ley 909 de 2004, que está inspirada en propósitos de interés general que consisten en la necesidad de darle continuidad al servicio evitando riesgos y traumatismos, así como en asegurar el predominio de la carrera administrativa en cuanto regla general para la vinculación al servicio público y la permanencia en él.

La razonabilidad de esta causal a la luz del derecho a la estabilidad resulta nítida si se tiene en cuenta que el término de seis años, al cabo de los cuales se le exige al empleado asumir su cargo de carrera, constituye una parte considerable de la vida laboral de una persona y es lógico, entonces, que si la carrera prevalece se busque asegurar que la mayor parte de ese desempeño se cumpla en el cargo que corresponda a este régimen y que, además, no se prolongue una situación de provisionalidad hasta el punto de hacer de la carrera un sistema excepcional, en forma contraria a sus principios y fines constitucionales.

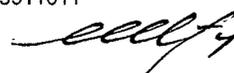
No desconoce la Corte que el disfrute de una comisión corresponde a un derecho que el empleado obtiene en virtud de la calificación de su desempeño, pero es menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y, en criterio de la Corte, las condiciones establecidas en el examinado artículo 26 son razonables, ya que permiten satisfacer el derecho a desempeñar en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción sin sacrificar los principios y fines constitucionales del régimen de carrera, al permitirle al empleado público retornar a su cargo luego de haber disfrutado seis años de comisión y al autorizar a la entidad a desvincularlo de ese cargo y a proveerlo definitivamente si, pasados los seis años, el empleado se abstiene de asumirlo." (Marcación intencional)

En los anteriores términos, al cumplirse el período de los seis años, la comisión para el desempeño de un empleo de libre nombramiento y remoción culminaría, toda vez que dicho estímulo por un término superior al legalmente señalado, desvirtuaría los parámetros básicos del mérito y de la carrera administrativa consagrados en la Constitución Política.

Sin embargo, con el advenimiento el Decreto 2809 del día 4 de agosto de 2010, que modificó el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, se estableció la posibilidad de conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, adicional a los 6 años establecidos en la Ley 909 de 2004.

Al respecto, el artículo 1º del referido Decreto, estableció:

"El artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, quedará así:



"Artículo 43. Cuando un empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo con el fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

En el acto administrativo mediante el cual se confiera la comisión, deberá señalarse el término de la misma a cuyo vencimiento el empleado debe reintegrarse al cargo de carrera o presentar renuncia a este. De no cumplirse lo anterior, el jefe de la entidad declarará la vacancia del empleo y procederá a proveerlo en forma definitiva, teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto.

Es facultativo del jefe de la entidad otorgar comisión a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período cuando su última calificación de servicios haya sido satisfactoria sin alcanzar el nivel sobresaliente.

Igualmente, es facultativo del jefe de la entidad otorgar prórroga de la comisión concedida a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período.

Cuando la comisión y sus prórrogas para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período se otorguen para ocupar el mismo empleo, la suma de éstas no podrá superar los seis (6) años, so pena de que el empleado sea desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales deben ser satisfactorios.

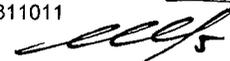
El jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces informará sobre estas novedades a la Comisión Nacional del Servicio Civil". (El resaltado es nuestro)

Teniendo en cuenta lo señalado en el precitado decreto, la CNSC, mediante Criterio Unificado expedido el 13 de agosto de 2013, al referirse a los supuestos para acceder a una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, indicó:

"La evaluación del desempeño laboral sobresaliente debe ser definitiva (anual, ordinaria o de período de prueba), vigente y haberse obtenido en el empleo del que es titular el servidor público.

(...)

En relación con lo establecido en el Decreto No. 2809 de 2010 en el sentido que "Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales



deben ser satisfactorios⁶ (Énfasis fuera del texto), se debe precisar que para que sea posible acceder a una nueva comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, el servidor debe contar con evaluación de desempeño laboral vigente y definitiva en el nivel sobresaliente, la cual se obtiene únicamente al ser evaluado en el empleo de carrera administrativa, situación que no se logra a través de los Acuerdos de Gestión, comoquiera que no equivalen a una evaluación de carrera al ser un instrumento técnico que no permiten acceder a la calificación sobresaliente en la medida que no cuentan con medio probatorio para ello, ni permiten una valoración cualitativa o cuantitativa, que es propio del sistema de evaluación para los servidores de carrera administrativa (...)" (El subrayado es nuestro)

No obstante lo anterior, respecto al contenido del Decreto 2809 de 2010 la CNSC determinó su evidente contradicción con la Ley 909 de 2004, motivo por el cual la Comisión Nacional en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la disposición.

En consecuencia, mediante fallo del 15 de mayo de 2015, el H. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, determinó la nulidad de la disposición acusada, en los siguientes términos:

La comisión busca atender la solicitud de un funcionario al que por sus méritos y calificaciones le asiste el derecho a desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción por un tiempo determinado, pero al que le impone el deber de reintegrarse a su empleo de carrera una vez terminada la comisión so pena de la desvinculación automática.

Permitir comisiones por un término superior a los seis años, y sin límite de tiempo, contraría el querer del legislador, pues se debe acudir a suplir el cargo con otro tipo de nombramiento y la esencia de la carrera administrativa es que la función pública se preste con los mejores y más capaces funcionarios en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

La regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera, no solo por los méritos de quienes aspiran, sino además por la vocación de permanencia de quienes ingresan, situación que beneficia a la Entidad al contar con personal altamente calificado y conocedor de la Institución.

En las anteriores condiciones, al establecer el Decreto 2809 de 2010 la posibilidad de conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período una vez vencido el término máximo de los seis (6) años, excede la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República.

En consecuencia, se hace necesario anular el párrafo "Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los



cuales deben ser satisfactorios”, contenido en el artículo 1º del Decreto 2809 de 2010. (...)”²
(El resaltado es nuestro)

Como se observa del aparte antes citado, el Alto Tribunal de lo Contencioso anuló el párrafo sexto del referido Decreto en su totalidad, de lo cual deviene que, no sólo se expulsó del ordenamiento jurídico la posibilidad de conceder nuevas comisiones luego de superado el término máximo de los seis (6) años, sino también la autorización de usar la calificación del desempeño obtenida en ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción, para efectos del cumplimiento de la evaluación del desempeño como requisito a tener en cuenta para el otorgamiento de la Comisión.

En tal sentido, es claro que el tiempo máximo de la Comisión para el ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción o de período es de hasta tres (3) años prorrogables por otros tres (3) años, para un total de seis (6) años, que puede darse en períodos continuos o discontinuos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la concesión de nuevas comisiones no pueden equipararse a prórrogas, pues a diferencia de aquella, esta figura lleva implícito que exista una comisión en curso y que el término inicial de la concesión, en este caso de la comisión original no haya vencido, es decir, que la prórroga por su naturaleza implica la continuidad del término inicial, de manera que si el término inicial ha vencido no es posible prorrogarlo.

El anterior concepto resulta de suma importancia, toda vez que si el acto de comisión inicial no ha vencido y el nominador considera pertinente prorrogarlo, podrá hacerlo sin considerar o requerir una nueva evaluación del desempeño en un empleo de carrera, ni exigir supuestos adicionales. No así ocurre, si el acto de comisión inicial ha vencido y/o en el caso que se pretenda conceder una nueva comisión, pues los efectos de la comisión original se han consumado y no es posible revivirle legalmente, en virtud de lo cual, para el otorgamiento de una nueva comisión deberá observarse el cumplimiento de todos los requisitos nuevamente.

Por otra parte, es de precisar que el aludido artículo 38 de la Ley 909 de 2004, que pretendió ser modificado por el párrafo resaltado *ut supra*, hoy anulado, hace referencia a la evaluación del desempeño de los empleados de carrera en el ámbito y ejercicio de empleos de igual naturaleza,³ pues no de otra manera puede entenderse el tenor de la precitada disposición, al señalar:

² Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. No. de Referencia: 11001032500020110006600. Número interno: 0191-2011

³ Lo anterior, claro está sin obviar que la evaluación del desempeño laboral no es un proceso que únicamente se predica de quienes se desempeñan en empleos de carrera, sino que esta trasciende a todos los espacios de la administración y el servicio público.



"Artículo 38. Evaluación del desempeño.

El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluación y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. (...) Los resultados de las evaluaciones deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

- a. Adquirir los derechos de carrera;*
- b. Ascender en la carrera;*
- c) Conceder becas o comisiones de estudio;*
- d) Otorgar incentivos económicos o de otro tipo..."*

Es importante recordar, además, que conforme al artículo 24 del Acuerdo 137 de 2010, **"Por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Servidores de Carrera Administrativa y en Período de Prueba"**, el resultado de la evaluación del desempeño laboral deberá tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

- a) Adquirir los derechos de carrera;*
- b) Ascender en la carrera como resultado del período de prueba;*
- c) Otorgar incentivos pecuniarios y no pecuniarios;*
- d) Planificar la capacitación y la formación;*
- e) Determinar la permanencia en el servicio;*
- f) Acceder a encargos;*
- g) Otorgar comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. (...)"*

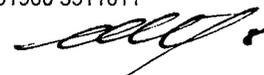
A su vez, los artículos 25 y 26 ibídem, señalan:

Artículo 25. Usos de la Evaluación y Calificación Sobresaliente. Se requiere Calificación Sobresaliente para adquirir derechos de carrera, para acceder a encargos, **tener derecho a comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período**, recibir incentivos institucionales o acceder a becas y comisiones de estudio para programas de educación formal que hagan parte de los programas de bienestar social de la entidad.

Para efecto del reconocimiento de incentivos, se entenderá la evaluación sobresaliente como equivalente al nivel de excelencia de que trata el Decreto 1567 de 1998 o disposiciones que lo modifiquen.

Artículo 26. Usos de la Evaluación y Calificación Satisfactoria. Se requiere Calificación Satisfactoria para adquirir los derechos de carrera, ascender en la carrera, **solicitar comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período** y para permanecer en el servicio." (Resaltado fuera de texto original)

Resulta entonces, a todas luces, incompatible que la evaluación del desempeño en un empleo de naturaleza distinta a la carrera, se homologue o tenga efectos para



acceder a derechos que son única y exclusivamente atinentes y con ocasión del sistema de carrera administrativa.

Así mismo, ha de recordarse que las normas que han sido declaradas nulas por la Jurisdicción Contenciosa, no pueden ser aplicadas o reproducidas, de lo cual no resulta viable que, en aras de conceder u otorgar el beneficio de la Comisión, propio de la carrera administrativa, a quienes carecen de una evaluación del desempeño en carrera vigente, se pueda "**...tomar la ...calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales deben ser satisfactorios**", teniendo en cuenta que tal disposición se encuentra claramente anulada por la autoridad competente.

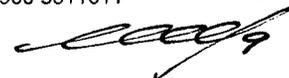
Lo anterior, basta para llegar a la conclusión de que no es viable jurídicamente otorgarle comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción a un servidor titular de derechos de carrera tomando como fundamento la evaluación del desempeño definitiva que se produzca en virtud del ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción. Por el contrario, es indefectible colegir que la evaluación a tener en cuenta es la que se produce en virtud del ejercicio de un empleo de carrera.

Ello implica que la evaluación del desempeño a tener en cuenta para efectos del otorgamiento de la Comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción, se circunscribe a la realizada en el ámbito de carrera administrativa, esto es, para empleos de dicha naturaleza.

Sobre este aspecto, resulta importante anotar que, la posibilidad de aplicar los criterios y el instrumento de evaluación del desempeño laboral propio de los empleados de carrera a quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción de carácter no gerencial, no autoriza que, en ese caso, se prediquen los efectos que la carrera concede a sus titulares, pues además de no existir disposición en tal sentido, ha de tenerse en cuenta que es la naturaleza del empleo la que determina el régimen de derechos y beneficios aplicable.

En tal sentido, resultan claramente contrarias al ordenamiento jurídico las interpretaciones realizadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el concepto correspondiente al radicado No. 20156000196191 del 24 de noviembre de 2015, en cuanto estimó:

"...se considera procedente que se tenga en cuenta la última evaluación del desempeño del servidor en un empleo de libre nombramiento y remoción, sea que este corresponda a la misma de los demás servidores de carrera administrativa o a los acuerdos de gestión, esto teniendo en cuenta que dicha evaluación se encuentra orientada a verificar el cumplimiento de objetivos, las competencias laborales y los aportes al cumplimiento de las metas institucionales.



Adicionalmente se debe observar que el otorgamiento de un derecho como el de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, en aquellos casos en los cuales se cuente con evaluación del desempeño sobresaliente, no podría ir en contravía del otorgamiento de otros derechos inherentes a la carrera como lo es el encargo. (...)"⁴

Adicionalmente, es menester resaltar que la única autoridad facultada para absolver las consultas que se formulen en materia de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con lo señalado en el literal f) del artículo 11 de la ley 909 de 2004.

Ahora bien, en sesión de Comisión del 22 de noviembre de 2012, la CNSC había señalado que, al no establecer el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, distinción en cuanto a la evaluación del desempeño sobresaliente en período de prueba o en evaluación ordinaria, la acreditación de evaluación sobresaliente del desempeño en el nivel sobresaliente en cualquiera de dichas modalidades (de carrera, claro está), satisface el requisito dispuesto en la precitada norma, para conceder la Comisión como derecho.⁵

A la luz de lo anteriormente descrito, se desprende que la evaluación del desempeño laboral a tener en cuenta para el otorgamiento de una comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, debe ser la definitiva y vigente, bien sea de tipo ordinario o la expedida con ocasión de la evaluación del período de prueba propia de los servidores de carrera en ejercicio de un empleo de carrera.

Sobre este asunto cabe agregar, que la calificación definitiva producto de la Evaluación del Desempeño Laboral del servidor de carrera, constituye un acto administrativo, del cual se predicen precisas características, entre las cuales se destacan que:

1. Es un acto reglado, supeditado a la obligación legal de evaluar el desempeño del servidor de carrera,
2. Es un acto que tiene como fundamento fáctico el desempeño del servidor de carrera durante un período de tiempo definido, el cual, por regla general comprende desde el 1º de febrero de la respectiva anualidad y el 31 de enero del año siguiente y, en eventos particulares y/o excepcionales, según el caso, puede comprender períodos más cortos, como puede apreciarse en algunos casos de período de prueba.

⁴ Extraído del Concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital bajo No. 2016EE600 del 16 de marzo de 2016.

⁵ Ver oficio 46197 del 22 de noviembre de 2012.



El período de evaluación del desempeño laboral que, en términos generales, se estableció en el inciso segundo del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, al indicar: *“El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. (...)”*, sumado al hecho de que el período anual u ordinario de Evaluación del Desempeño Laboral comprende el interregno de tiempo ubicado entre el 1º de febrero de la respectiva anualidad y el 31 de enero del año siguiente,⁶ reviste de especial relevancia para determinar la temporalidad de sus efectos.

3. Es un acto administrativo de carácter temporal, cuyos efectos son definibles y limitados en el tiempo, pues **inician** a partir de su firmeza y, **terminan** bien porque *i)* Se produce un nuevo acto administrativo de calificación definitiva (incluyendo el acto ficto o presunto ante la falta de evaluación) o *ii)* Por el transcurso del tiempo, entendiendo que, la calificación definitiva perderá vigencia al día siguiente en que se cumpla la fecha máxima en que deba producirse la evaluación del período ordinario. Es decir, que el resultado o calificación definitiva ordinaria establecida para el sistema general de carrera, regirá temporalmente hasta máximo el 15 de febrero del siguiente año.

Corolario de lo expuesto, se tiene que:

1. La Comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción es una figura reglada, por lo tanto para su concesión se debe atender el marco jurídico vigente sobre la materia.
2. El artículo 26 de la Ley 909 de 2004, concede la prerrogativa de la Comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción **condicionada** al cumplimiento de unos requisitos taxativos, de manera que la falta de cumplimiento de uno cualquiera de ellos imposibilita su reconocimiento como derecho. Por tanto, no se puede partir de la consideración de que la figura de comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción debe ser siempre aplicable y/o procedente.
3. El hecho que la evaluación del desempeño se encuentre orientada a verificar el cumplimiento de los objetivos, las competencias laborales y los aportes al cumplimiento de las metas institucionales, no desvirtúa que la evaluación en empleos de libre nombramiento y remoción tiene efectos distintos a los que emanan de una evaluación en un empleo de carrera.

⁶ Calificación que debe producirse dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de dicho período, correspondiendo, en el caso de la carrera general, a la sumatoria de dos evaluaciones semestrales, una por el período comprendido entre el 1º de febrero y el 31 de julio y otra por el período comprendido entre el 1º de agosto y el 31 de enero del siguiente año



4. El tiempo máximo de la Comisión para el ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción (3 años prorrogables por otros tres años, para un total de seis años), puede darse en periodos continuos o discontinuos. Lo anterior, sin embargo, no autoriza la realización de interpretaciones extendidas del requisito de evaluación del desempeño. La concesión de nuevas comisiones no pueden equipararse a prórrogas, por lo tanto, para el otorgamiento de una nueva comisión deberá observarse el cumplimiento de todos los requisitos legales.
 5. La evaluación del desempeño laboral a tener en cuenta para el otorgamiento de una comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción, debe ser definitiva ordinaria o de período de prueba, propia de empleos de carrera, que esté vigente al momento de requerirse el uso de la figura de comisión.
 6. Si la evaluación del desempeño definitiva y vigente, se encuentra en el nivel sobresaliente el servidor de carrera tendrá derecho a la concesión de la Comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción. Si la evaluación del desempeño se certifica en el nivel satisfactorio o destacado, será potestativo del nominador concederla. Si no se acredita calificación definitiva y vigente, será improcedente conceder comisión alguna de este tipo.
 7. En igual sentido resulta importante precisar que la figura de comisión no es un modo de provisión, pues cuando se hace uso de la figura de Comisión para el desempeño de un empleo de libre nombramiento y remoción, el modo de provisión del empleo de libre nombramiento y remoción es el **nombramiento ordinario**, en tanto la comisión constituye una autorización al empleado con derechos de carrera para ejercer el empleos de libre nombramiento y remoción sin incurrir en una causal de pérdida de derechos con ocasión del ejercicio de ese empleo.
- **Respecto de la figura de encargo para la provisión transitoria de empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción.**

En relación con la figura de encargo, el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, hoy compilado en el Decreto 1083 de 2015, señala:



*"Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo."*⁷

A su turno, el artículo 35 del Decreto 1950, se establecía:

"Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente."

Esta disposición fue recogida en el Decreto 1083 de 2015, adicionándolo en su título, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 2.2.5.9.9 Término del encargo en un empleo de libre nombramiento y remoción. Cuando se trata de vacancia temporal de un empleo de libre nombramiento y remoción, el encargado de otro empleo sólo podrá desempeñarlo durante el término de ésta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente. (Decreto 1950 de 1973, art. 35)"⁸

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, consagra la posibilidad de proveer por encargo tanto empleos de carrera como de libre nombramiento y remoción, en los siguientes términos:

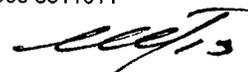
Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado 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.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el

⁷ Artículo 2.2.5.9.7 del Decreto 1083 de 2015

⁸ Nótese que existen diferencias en el texto de una y otra disposición.



encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, **tendrá derecho a encargo en un empleo de carrera:** a) El empleado de carrera “*que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior*” al que se pretende proveer transitoriamente; b) Que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia; c) Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar, d) Que no tenga sanción disciplinaria en el último año y, e) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.

Ahora bien, cabe preguntarse, para efectos del encargo, cómo se entiende la exigencia de que última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente? Al respecto, el Concepto Unificado emitido por esta Comisión el 28 de mayo de 2012, indicó:

“Para tener derecho a acceder y mantener el encargo, será necesario que la última evaluación (ordinaria y definitiva) del desempeño laboral sea sobresaliente.

Será potestativo del nominador mantener el encargo a aquellos servidores que obtengan evaluación destacada o satisfactoria en relación con su desempeño en el encargo, siempre y cuando, en dicho momento no exista empleado con calificación sobresaliente que reúna todos los requisitos exigidos en el artículo 24, de la Ley 909 de 2004, para acceder al derecho a encargo, en cuyo caso, deberá darse por terminado el encargo de aquel servidor, para reconocerle el derecho a quien lo ostenta.

El encargo deberá darse por terminado cuando la evaluación del desempeño se tenga por no satisfactoria, lo cual implica que el servidor de carrera deberá volver al empleo del cual es titular.

Cuando no exista servidor de carrera con derecho preferencial para ser encargado, por estricta necesidad del servicio las entidades podrán tener en cuenta a los servidores que acaban de superar el período de prueba, en cuyo caso el nivel sobresaliente se deberá predicar de la evaluación del período de prueba.

Para aquellos servidores de carrera que logren una calificación satisfactoria o destacada en la última evaluación del desempeño laboral, el encargo no se constituye en un derecho sino decisión discrecional del nominador de la entidad en cuanto a conceder el encargo en dichos eventos, que solo procederá siempre y cuando no exista servidor de carrera con calificación sobresaliente (ordinaria o en período de prueba) y cumpla con los demás requisitos exigidos por la ley.”

Así mismo, mediante concepto de la CNSC del 30 de abril de 2015, se adicionó el criterio unificado antes mencionado, en el siguiente sentido:

...la CNSC precisa que cuando se hace referencia a la Última Evaluación del Desempeño Laboral, a efectos determinar el servidor que cumple con los requisitos para ser encargado en



un empleo de carrera, deberá tener en cuenta la calificación ordinaria y definitiva obtenida en el año inmediatamente anterior, la cual podrá ser resultado de la Evaluación del Desempeño Laboral obtenida en el empleo sobre el que ostenta derechos de carrera o en un empleo de carrera que desempeñe en encargo. Lo anterior, dado que la Ley 909 de 2004, no restringió que tal requisito deba acreditarse exclusivamente en empleo sobre el que se tiene titularidad.

Conviene en este punto advertir que cuando no se desempeña en la totalidad del año un empleo de carrera bajo la figura del encargo, la evaluación parcial semestral o parcial eventual que se realice en aquel, será sumada con la calificación del empleo sobre el que es titular, teniendo como resultado que la última evaluación del desempeño laboral anual u ordinaria, es el resultado de la consolidación de cuantas evaluaciones parciales se hayan producido en el último año de evaluación.”

Por otra parte, resulta oportuno resaltar que al tenor del inciso tercero del artículo antes citado, también es **procedente la provisión transitoria por encargo de los empleos de Libre Nombramiento y Remoción en condición de vacancia temporal o definitiva**. No obstante, cuando se trate de la provisión transitoria de una vacante definitiva esta se encuentra limitada hasta por un tiempo máximo de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo debe ser provisto de manera definitiva.

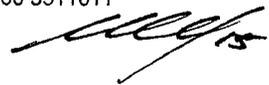
III. CONCLUSIONES Y RESPUESTA:

La consulta plantea dos cuestionamientos, a saber:

1. Es viable jurídicamente otorgarle comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción a la servidora Luz Adriana Zuluaga Salazar tomando como fundamento la evaluación del desempeño sobresaliente que ostenta del período 2014-2015 y demás funcionarios que cuenten con casos análogos?
2. Es viable jurídicamente otorgar un encargo por derecho preferencial a un funcionario de carrera que cuente con una evaluación del desempeño de un año que no corresponde al período inmediatamente anterior, esto es, 2015-2016?

Respecto a la primera pregunta, se responde:

La evaluación del desempeño laboral a tener en cuenta para el otorgamiento de una comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción, debe ser la última (ordinaria o en período de prueba) de carácter definitivo propia de empleos de carrera, que esté vigente al momento de requerirse el uso de la figura de comisión.



En tal sentido, no resulta posible extender en el tiempo los efectos de una calificación definitiva del desempeño laboral acaecida en períodos anteriores a la última vigencia de evaluación, pues aquella ha perdido su vigor y, de contera, la ejecutabilidad de sus efectos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la CNSC no es una instancia de coadministración de las relaciones laborales de las entidades cuyo régimen de carrera es administrado y vigilado por esta autoridad, resulta oportuno precisar que la entidad consultante deberá tomar las decisiones a que haya lugar, atendiendo, entre otros aspectos, el marco jurídico expuesto.

Respecto a la segunda pregunta, se responde:

De conformidad con la posición actual de la CNSC, la Evaluación del Desempeño Laboral a tener en cuenta para efectos del otorgamiento de encargos en empleos de carrera, es la calificación definitiva ordinaria o en período de prueba⁹ que esté vigente al momento de requerirse la provisión transitoria. Ha de tenerse presente que la evaluación ordinaria podrá ser resultado de la Evaluación del Desempeño Laboral obtenida en el empleo sobre el que ostenta derechos de carrera o en un empleo de carrera que desempeñe en encargo.

Así las cosas, si el servidor de carrera no acredita que la evaluación del desempeño vigente al momento en que emerja la verificación del derecho a encargo para la provisión transitoria de un empleo de carrera, esta no puede ser tenida como válida para el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y la concesión del encargo en un empleo de carrera administrativa.

En los anteriores términos se da respuesta a la su consulta, precisando que la presente respuesta se emite de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437, modificado por el 1º de la Ley 1755 de 2015 y, bajo la vigencia del Acuerdo 137 de 2010.

De la manera más atenta,



ANA ESPERANZA CASTRO JAIMES

Asesora Despacho Comisionado Pedro Arturo Rodríguez Tobo

⁹ Debe tenerse en cuenta que si existen servidores de carrera con evaluación ordinaria en el nivel sobresaliente tendrán preferencia a ser encargados sobre los servidores cuyo período de prueba haya sido evaluado sobresalientemente.