

Bogotá D.C., 15 de agosto de 2013.

OF. 30016

Señor:

[REDACTED]
CORNARE
[REDACTED]

Asunto: Comisión para ejercer empleo de libre nombramiento y remoción. Rad. 39128 de 2013.

Respetado [REDACTED]

Cordialmente y en atención a su consulta sobre el tema de la referencia, procedo a dar respuesta en los siguientes términos:

1. Supuestos fácticos y preguntas:

Señala en su escrito, que actualmente, es funcionario de carrera administrativa en el empleo de profesional especializado con calificación sobresaliente y lleno todos los requisitos de experiencia e idoneidad para ser nombrado en comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción como Jefe de la Oficina Jurídica de la Corporación. Indica, además que se encuentra ocupando en la modalidad de encargo el cargo de Jefe de la Oficina jurídica que se encuentra en vacancia definitiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, pregunta:

1. El Director General de CORNARE en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 está en la obligación de nombrarme en comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción como Jefe de la Oficina jurídica.
2. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, por cuanto sería el término del nombramiento.
3. El día de ayer fue nombrada en propiedad para ocupar el cargo de Jefe de la Oficina jurídica a partir del 16 de agosto del 2013, una persona que se encuentra en provisionalidad, argumentando que la Corporación debe dar cumplimiento a la ley de cuotas femeninas. Mi derecho como funcionario de Carrera Administrativa prima sobre la obligación que tiene la entidad de cumplir con la Ley de cuotas femeninas.

ocupados por personas que no son de Carrera Administrativa, no tendría la obligación de nombrarme a mí en comisión en al cargo de Jefe de la Oficina jurídica y de buscar cumplir la ley de cuotas femeninas con uno de los otros cargos mencionados.

2. Consideraciones:

A la luz de lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto 1950 de 1973, 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. 75 ibidem)

De conformidad con el artículo 76 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.

En cuanto a la **comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción**, el artículo 92 ibidem, establece que sólo podrá conferirse bajo las siguientes condiciones:

1. El empleado debe estar escalafonado en carrera administrativa.
2. El término será señalado en el acto que confiere la comisión

Por su parte, el artículo 26 de la ley 909 de 2004, establece que:

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.

“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:

“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.*** (Negrilla fuera de texto)

Vale la pena aclarar, que la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra artículo 26 Parcial de la Ley 909 de 2004, encontró que, la **posibilidad** que se otorga al empleado de carrera con evaluación del desempeño satisfactoria de gozar de una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, en relación con el caso del empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente a quien se otorga el **derecho** a dicha comisión, no configura una violación de la igualdad.

En dicha oportunidad expresó la Corte:

*“Para quien haya obtenido evaluación del desempeño **satisfactoria** 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.*

Se cumple, pues, uno de los principios parciales en que se descompone el principio general de igualdad y que ha venido siendo aplicado por esta Corte: hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, por ello no se está ordenando un tratamiento igualitario. En efecto, el párrafo de la norma acusada está autorizando, más no ordenando, el otorgamiento de comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a quien haya sido evaluado satisfactoriamente en su desempeño. Con ello no se está prohibiendo que obtenga la misma comisión a quien haya sido calificado en su desempeño con mejor calificación, es decir, como sobresaliente. Ambos pueden lograr la comisión, pero mientras para los sobresalientes la concesión es obligatoria, para los simplemente satisfactorios, no lo es y depende de la discreción de quien ha de concederla”.²

En ese mismo sentido, es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 del decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 2809 del día 4 de agosto de 2010, que señala:

“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.

² Sentencia C-182 del 14 de marzo de 2007, Referencia: expediente D-6484, M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería.

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".

Es claro entonces, que cuando la última calificación de desempeño de un empleado de carrera que ha sido nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período sea sobresaliente, le asiste un derecho para que se le conceda la Comisión respectiva, en tanto la hipótesis del empleado de carrera con evaluación del desempeño satisfactoria, no se está en presencia de un derecho a que se le otorgue la comisión y, por lo tanto, el nominador en uso de dicha facultad discrecional podrá concedérsela o negársela.

3. Respuesta:

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, le indico:

La comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, **es una autorización temporal** para que un empleado titular de derechos de carrera pueda ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, **en el que ha sido nombrado previamente**, sin perder los derechos de carrera que ostenta.

Dicho tipo de comisión **no puede confundirse con el acto de nombramiento en el empleo, ni con un derecho a ser beneficiario de éste**, pues el nombramiento se genera de acuerdo a la naturaleza del empleo (en el primer caso, de manera discrecional por ser de libre nombramiento y, en el segundo, según el modo de provisión señalado para el empleo de período), situación que no se varía por la posibilidad de que los empleados de carrera puedan acceder a dichos empleos como cualquier otro ciudadano. La naturaleza de la figura de la comisión y el nombramiento en el empleo es de tal modo distinta que el nombramiento es presupuesto para la solicitud de la comisión y por tanto, siempre debe precederla.

Dicho lo anterior, es pertinente advertir que el fundamento de la solicitud de comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción o de período por parte de los servidores de carrera, radica en que la falta de esta puede conllevar a la pérdida de derechos de carrera del servidor que toma posesión en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

Así pues, cuando el servidor titular de derechos de carrera **ha sido nombrado** en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, no desea perder sus derechos de carrera,

debe acudir ante el nominador de la entidad para la cual labora, con el fin de tramitar su solicitud de comisión.

En el caso, que el servidor titular de derechos de carrera ostente calificación del desempeño sobresaliente, tendrá derecho a que se le conceda dicha comisión para que ejerza el empleo de libre nombramiento y remoción o de período, sin perder los derechos de carrera.

En el evento que el servidor de carrera, al cual se le ha efectuado nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, no tenga evaluación del desempeño sobresaliente, la decisión de otorgar o no la comisión será discrecional del nominador de la entidad para la cual labora.

Así las cosas, si usted tiene un nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período y ostenta una calificación sobresaliente en su última evaluación del desempeño, tendrá derecho a que el nominador de la entidad para la cual labora le conceda la respectiva comisión.

Se resalta que la evaluación del desempeño en el nivel sobresaliente concede el derecho al otorgamiento de la comisión y no al nombramiento en un empleo que precisamente se destaca por ser de **libre nombramiento**, de manera que no es viable obligar a través de la figura de la comisión a un nominador para que nombre a un determinado empleado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Corolario de lo expuesto, se tiene que de los supuestos fácticos y jurídicos aducidos, no se concluye la existencia de un derecho a su favor para que se produzca su nombramiento en el empleo de Jefe de la Oficina Jurídica de CORPONARE (de libre nombramiento y remoción).

En los términos antes indicados y atendiendo lo señalado en el artículo 28 del CPACA, doy respuesta a su solicitud.

Cordialmente,


ANA ESPERANZA CASTRO JAIMES
Asesora despacho de Comisionado