



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

Bogotá, D.C. **Abril 08 de 2009**
02 -004923

Radicación 2-2008-25622 y 2009-00968-01234

Señor
DUMER PEDRAZA ORDOÑEZ
Calle 36 No. 24 – 21 Barrio Salesiano
Tuluá - Valle

ASUNTO: Consulta sobre viabilidad de Comisión a Directivo Docente.

Procede este Despacho a emitir concepto sobre la solicitud del asunto.

1. ANTECEDENTES:

El solicitante pone en conocimiento las siguientes situaciones:

“ (...)”

1. *Me desempeño como RECTOR EN PROPIEDAD vinculado por el concurso de méritos Decreto 1278 de 2002 a la planta de cargos del municipio certificado de Tuluá.*

2. *En la actualidad estoy aspirando a dos cargos en entidades del Estado, uno con período de prueba de un (1) año y otro de período fijo de dos (2) años.*

3. *Mi interés por tanto es, mientras supero el período de prueba o se cumple el período fijo de dos (2) años, hacer uso del derecho de COMISION de conformidad con lo establecido en el art. 56 del Decreto 1278 de 2002 que establece que se le podrá conceder comisión hasta por tres (3) años para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción a los docentes inscritos en el Escalafón Docente, de tal forma que no arriesgue mi estabilidad laboral y la seguridad de mi familia.*

4. *Existe un vacío jurídico al no mencionar el citado decreto los cargos de período o con período de prueba, que se puede subsanar tal como lo interpreta el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004, el cual determina que “las disposiciones contenidas en la misma Ley se aplicarán igualmente con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales”, como es el caso del magisterio (sentencia de la Corte).*

5. *Adicionalmente de conformidad con el precepto constitucional del artículo 125 que define que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, considero que la voluntad del art. 56 del Decreto 1278 de 2002 pretende proteger la estabilidad laboral como un derecho individual y de amparo al núcleo familiar.*

6. *Así las reglas de interpretación doctrinal señaladas en el código civil en su artículo 31 rotulan que: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.*

(...)”



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

Finalmente solicita concepto “...respecto de la VIABILIDAD de mi petición para que me conceda COMISIÓN mientras supero el período de prueba o se cumple el período fijo de dos (2) años en el nuevo cargo.”

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

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

2.1 El sistema de carrera. El artículo 125 de la Constitución Política establece el sistema de carrera como principio que rige y orienta el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro del servicio público, teniendo como variable indispensable y garantía del derecho a la igualdad, el mérito de aquellos que orientan su vida laboral a servir en el sector público.

De conformidad con esta disposición, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, lo que implica que, salvo las excepciones señaladas, el acceso a los cargos públicos se rige por procedimientos inherentes al ingreso a la carrera.

El nombramiento de servidores públicos en cargos de carrera debe hacerse mediante concurso público, salvo las excepciones constitucionales o legales. Esta disposición establece como regla general, el mérito tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera. Este sistema tiende a garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del Estado y a asegurar que la misma esté orientada a la satisfacción del interés general.

La Corte Constitucional ha dicho que los concursos públicos abiertos garantizan la competencia para que ingresen al servicio público los más capaces e idóneos, en un marco de libre competencia y en igualdad de trato y de oportunidades, con lo cual se promueve y garantiza el derecho a la participación previsto en el artículo 40 de la Constitución Política, lo que implica que la gestión y resultados de los servidores estará guiada por la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio administrativo.¹

2.2 Principio del mérito. El mérito es considerado por nuestra Carta Magna como el mecanismo más adecuado para conseguir los fines del Estado y para ello dispone que las entidades públicas en su labor de vinculación de personas para acceder a cargos públicos deben “*contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos*” (Sentencia C-479 de 1992 de la Corte Constitucional).

En consecuencia la carrera y el sistema de concurso constituyen el sistema técnico de administración de personal y el mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad para que a la función pública accedan los mejores y los más capaces, y como lo señala la Corte Constitucional “... *descartándose de manera definitiva la inclusión de*

¹ Sentencia C-1173/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo” (Sentencia C-563 de 2000).

En razón de lo antes señalado, el mérito se constituye en el fundamento constitucional de los procesos de selección para acceder al ejercicio de cargos públicos, de forma tal que los requisitos y condiciones de acceso deben ser acreditados previamente por los aspirantes además de superar según se requiera por la convocatoria, pruebas y en ocasiones pruebas y cursos.

Lo anterior indica que todos los sistemas de carrera verifican requisitos y competencias para el ejercicio del empleo antes de la respectiva provisión de los mismos y por ende la vinculación al servicio del Estado en cada uno de ellos se fundamenta en la aplicación de igual principio.

2.3 La movilidad laboral y salarial en el empleo público. Por movilidad laboral se entiende el paso de los trabajadores o empleados de un empleo a otro, ésta puede darse dentro de la misma organización o entre entidades u organizaciones. La movilidad laboral no solo se refiere al cambio de empleo sino también al cambio de oficio.

Tratándose de la carrera administrativa, se encuentra la denominada movilidad interna, dado que los cambios en la vida laboral del trabajador se producen dentro de la misma entidad o entre entidades pertenecientes al Estado. Para el caso en estudio el alcance que se da a la misma se refiere al ascenso dentro de un sistema de carrera o al cambio de empleo de un sistema a otro orientado siempre por la aspiración del trabajador de acceder a una mejor remuneración y al desempeño de un empleo o profesión que le retribuya en mayores satisfacciones personales.

El reconocimiento de la movilidad laboral como derecho de los empleados y trabajadores apunta precisamente a valorar la experiencia y por ende a no expulsar sino estimular y mantener retos de progreso y mejoramiento personal en las dimensiones económicas, sociales y profesionales del trabajador.

La movilidad laboral entre entidades ocurre cuando se vincula por méritos a una persona que trabaja en otra, con ello se está ganando la experiencia de alguien que además cumple con los requisitos establecidos para el empleo, lo que en términos de costo eficiencia, revela que la aplicación de este principio es altamente rentable para el trabajador y para el Estado. Un empleado que asciende dentro de una entidad o que pasa de una a otra lleva con él conocimientos y habilidades, además de las redes sociales de que es parte, valores que le permiten reaccionar más rápidamente frente a las demandas y problemas asociados a los deberes y obligaciones propias de su empleo.

Los **principios de movilidad salarial y de favorabilidad** están consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual además prohíbe el desmejoramiento de las condiciones del trabajador.

La Corte Constitucional ha señalado que de conformidad con el artículo 53 de la Carta, cuando existan dos o más fuentes formales de derecho aplicables a una situación laboral deberá preferirse la que favorezca al trabajador y, que en caso de dos o más



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

interpretaciones posibles de una disposición también deberá preferirse la que más lo beneficie.

2.4 Principio de estabilidad laboral en el sistema de carrera y nombramiento en período de prueba. Una de las dimensiones del derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política, es la garantía a la estabilidad laboral, garantía que no implica el derecho constitucional a permanecer indefinidamente en un determinado trabajo, razón por la que la misma requiere de desarrollo legal, que para el caso de la carrera administrativa se fundamenta principalmente en la acreditación periódica del mérito para permanecer mediante la evaluación del desempeño laboral.

También es del caso señalar que la carrera comprende tres aspectos fundamentales relacionados mutuamente y que han sido desentrañados del artículo 125 de la Carta, por la Corte Constitucional, así: la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional. En segundo lugar, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y por último, la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el de estabilidad en el empleo, que debe ser protegido y respetado por el Estado.

Con fundamento en los principios señalados, el Decreto 3982 de 2006 establece:

“Artículo 19. Nombramiento en propiedad e inscripción en el Escalafón Docente. Los docentes que superen el período de prueba en los términos del artículo 31 del Decreto-ley 1278 de 2002 y cumplan con los demás requisitos de ley, serán inscritos en el Escalafón Docente y obtendrán la remuneración establecida por el Gobierno Nacional para el nivel salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten. Los aspirantes nombrados en un cargo docente, que no superen el período de prueba serán excluidos del servicio, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto-Ley 1278 de 2002.

*Los directivos docentes que superen el período de prueba, serán inscritos en el nuevo Escalafón de acuerdo con el título que acrediten y obtendrán la remuneración establecida por el Gobierno Nacional para el nivel salarial A del correspondiente grado, salvo los servidores estatales nombrados en propiedad en un cargo público docente antes de la vigencia del Decreto-ley 1278 de 2002, quienes, sin solución de continuidad, conservarán las condiciones establecidas en el Decreto-ley 2277 de 1979. **Su cargo docente o directivo docente de origen, sólo podrá ser provisto de manera temporal hasta tanto el servidor supere el período de prueba en el nuevo cargo. Si no lo superan serán regresados a su cargo de origen**” (resaltado fuera de texto).*

La norma citada tiene por propósito garantizar que el empleado de carrera que supera con éxito un concurso que le permite acceder a un cargo de nivel o grado superior al que él desempeña o en mejores condiciones salariales o de mayor expectativa y reto profesional, tiene derecho a que la estabilidad derivada de su pertenencia al sistema de carrera le sea respetada en el evento de no aprobar el período de prueba para el cual fue nombrado o bien porque en ejercicio de su voluntad ante la frustración o insatisfacción de sus expectativas en el nuevo empleo, decida regresar a su anterior.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

Esta situación exige a la administración abstenerse de nombrar definitivamente en el cargo que el empleado nombrado en período de prueba ostenta derechos de carrera, razón por la que en el mismo solo podrá declararse la vacancia temporal del empleo hasta por el tiempo que dure el referido período; es decir, ese cargo debe permanecer libre para que el mismo se pueda reasumir por el funcionario que ostenta derechos de carrera, en la eventualidad de no superar el período de prueba o de voluntariamente decidir regresar.

2.5 Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción y de período. El Decreto 1278 de 2002 por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente, señala que los docentes o directivos docentes pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: **a)** En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, el encargo y la comisión de servicios; **b)** Separados temporalmente del servicio o de sus funciones, esto es, en comisión de estudios, en comisión de estudios no remunerada, **en comisión para ocupar cargo de libre nombramiento o remoción**, en licencia, en uso de permiso, en vacaciones, suspendidos por medida penal o disciplinaria, o prestando servicio militar; **c)** Retirados del servicio.

Agrega el citado decreto que a los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente se les podrá conceder comisión hasta por tres (3) años para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual hayan sido designados en la misma entidad a la cual se encuentren vinculados o en otra.

Mientras se esté en esta comisión, el tiempo de servicio no se contabiliza para efectos de ascenso o de reubicación de nivel salarial en el correspondiente grado del Escalafón Docente.

3. RESPUESTA:

Con fundamento en las consideraciones expuestas, y asumiendo que con la expresión "RECTOR EN PROPIEDAD" el peticionario está informando que es titular de derechos de carrera, este Despacho conceptúa que es viable el otorgamiento de una comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período al docente o directivo docente **que se encuentre inscrito en el Escalafón Docente**. La aprobación de tal comisión es de competencia exclusiva del nominador y puede hacerlo con fundamento en la discrecionalidad, prevista en el artículo 56 del Decreto 1278 de 2002.

Por otra parte se considera que es viable la declaratoria de vacancia temporal del empleo cuando éste es desempeñado por un servidor con derechos de carrera y es nombrado en período de prueba, luego de superar un concurso para proveer empleo de carrera. Con la solicitud de vacancia temporal del empleo se deberá allegar copia del nombramiento indicando el término de duración del referido período.

Sin embargo, no considera procedente este Despacho el otorgamiento de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período **cuando avanza y no ha concluido el período de prueba** en otro empleo al cual accedió como consecuencia de un nombramiento efectuado después de haber superado las etapas de un concurso.

Efectivamente una vez concluido el período de prueba, si el empleado lo supera con éxito, será nombrado en propiedad e inscrito en el nuevo escalafón y el empleo que venía



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

desempeñando frente al cual es titular de derechos de carrera, quedará vacante de forma definitiva. En caso contrario, es decir, si no supera el período de prueba deberá regresar al empleo frente al cual ha ostentado derechos de carrera y se halla vacante con carácter transitorio.

Finalmente se considera importante señalar, a manera de conclusión, las situaciones que pueden presentarse derivadas de la consulta formulada:

- El docente o directivo docente que se encuentre en periodo de prueba no puede ser trasladado de su empleo. Dicho traslado procede únicamente cuando haya superado tal periodo con calificación al menos satisfactoria.
- El rector en propiedad puede ser comisionado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción con fundamento en el desempeño del cargo frente al cual es titular y ostenta derechos de carrera docente.
- El docente o directivo docente que se encuentre desempeñando en empleo en período de prueba no puede ser comisionado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción.
- El docente o directivo docente que se encuentre desempeñando un empleo en periodo de prueba puede renunciar al mismo sin derecho a permanecer en la lista de elegibles y solicitar la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción soportado en empleo frente al cual es titular y ostenta derechos de carrera, teniendo como condición previa a la solicitud el nombramiento efectuado en el cargo de libre nombramiento y remoción.

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

Cordialmente,

Original Firmado
FRIDOLE BALLEEN DUQUE
Comisionado

Blanca Clemencia Romero