

Bogotá D. C., 14 de mayo de 2013

Of. 16691

Rad: 03-04-2013-19356

Doctora

IRMA LUCÍA CARDONA GIRALDO

Asesora de Control Interno

Centro de Formación Integral para el Trabajo - Alcaldía de Envigado

Calle 39 Sur No. 34 A - 07

Envigado – Antioquia

Ref.: Consulta sobre el término de comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción.

Respetada doctora Irma Lucía,

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:

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 periodo 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 periodo, 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)

En los anteriores términos, bajo la vigencia plena de la Ley 909 de 2004, 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.

Efectivamente, frente al tema que es objeto del presente concepto, la Honorable Corte Constitucional, Expediente D-6450, M.P. Rodrigo Escobar Gil, mediante providencia C - 175 del día 14 de marzo de 2007, indicó:

"...Sobre el particular ya la Corte ha anotado que cuando el funcionario se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, pese a no mediar la comisión respectiva, "acepta las consecuencias de su decisión" y, dentro de ellas, "la pérdida de los derechos de carrera"¹, a lo cual cabe agregar que lo propio acontece 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 comunique 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. (...)"

Sin embargo, con el advenimiento el Decreto 2809 del día 4 de agosto de 2010, 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.

En efecto, señala el artículo 1º del referido Decreto:

"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

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-501 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Linea nacional CNSC 01 900 331 10 11

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”.

Teniendo en cuenta que el Decreto 2809 de 2010, goza de presunción de legalidad, resulta aplicable, mientras no haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante una decisión judicial. Cabe precisar sin embargo, que la Comisión Nacional del Servicio Civil, instauró acción de nulidad contra el mismo, ante el Consejo de Estado.

En los anteriores términos, le informo que, superado el término de los seis (6) años, se podrán conceder **nuevas comisiones** para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, tal como se establece en el mencionado decreto.

Al respecto, es pertinente indicar que esta Comisión en sesión del 20 de noviembre de 2012, se refirió a la concesión de comisiones para el ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción, indicando, entre otros aspectos, que:


1. La comisión otorgada para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción que se ejerza en un mismo empleo puede tener una duración máxima de seis (6) años.
2. Finalizado el término de la comisión concedida, y el de su prórroga si es del caso, el empleado deberá reintegrarse al empleo en el cual ostenta derechos de carrera, tal como lo establece el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, so pena que la entidad declare la vacancia definitiva del empleo y proceda a su provisión conforme a las normas de carrera, **Salvo** si se aplica en el caso concreto lo establecido en el Decreto 2809 de 2010, en cuyo caso deberá evidenciarse antes del inicio del nuevo período, la calificación de los acuerdos de gestión por el período correspondiente, el cual claramente debe señalar que se obtuvo por lo menos calificación en el nivel satisfactorio para que proceda la continuidad en el empleo de libre nombramiento y remoción bajo la figura de comisión.

En consecuencia, independientemente que se trate del mismo o de otros empleos, se podrá conceder nuevas comisiones para el ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción. No obstante, debe tenerse en cuenta que en principio el empleado deberá regresar a su empleo de carrera y tendrá la oportunidad de solicitar una nueva comisión, a partir de que cumpla la totalidad de los requisitos del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, salvo que, se aplique lo establecido en el Decreto 2809 de 2010, caso en el cual se tendrá en cuenta que la evaluación resultante de los acuerdos de gestión.

En relación con el cumplimiento de requisitos, debe tenerse en cuenta que en sesión de Comisión del 22 de noviembre de 2012, se aprobó el criterio, según el cual, 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 de desempeño sobresaliente en cualquiera de dichas modalidades, satisface el requisito dispuesto en la precitada norma, para conceder la Comisión como derecho.²

En los términos antes expuestos doy respuesta a su solicitud.

De la manera más atenta,


JORGE ALBERTO GARCÍA GARCÍA
Comisionado

P. AECJ

² Ver oficio 46197 del 22 de noviembre de 2012.
Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11