

Bogotá D.C., 24 ENE. 2014
Radicado de salida: 2014EE 22072

Doctora
MARIA DEL PILAR GONZÁLEZ MORENO
Superintendente
SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR
Calle 45 No. 9 – 46
Bogotá D.C.,

Radicado de entrada: 2014ER1456 y 1556 de 2014.

ASUNTO: Consulta No. 2014-000641

Respetada Doctora Maria del Pilar,

Procede este Despacho a dar respuesta a su solicitud, teniendo en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES:

Mediante el oficio con radicados de entrada No. 1416 y 1516 del 16 de enero de 2014, Usted elevó consulta a la Comisión Nacional del Servicio Civil, indicando lo siguiente:

"Mediante el Decreto 2596 de 2012, se modificó la planta de personal de la Superintendencia del Subsidio Familiar, dentro de los cambios realizados se suprimió el nivel ejecutivo (jefes de división) y se crearon cargos de profesional especializado grado 21.

Dentro de los funcionarios que ostentaban derechos de carrera administrativa en empleos de jefes de división, se encontraba el señor Alberto Mejía Gallo.

Mediante la Resolución No. 846 del 28 de diciembre de 2012, se incorporó el personal de carrera a la nueva planta de personal. El señor Mejía Gallo, fue incorporado en el cargo de profesional especializado grado 21, tomando posesión del mismo el 11 de enero de 2013.

Mediante Resolución No. 0136 del 4 de marzo de 2013, se realizó un nombramiento ordinario al señor Mejía Gallo en el cargo de libre nombramiento y remoción Asesor Código 1020 Grado 12 del Despacho del Superintendente.

El mencionado señor Mejía Gallo, mediante oficio del 7 de marzo de 2013, solicitó se autorizara una comisión de servicios como funcionario de carrera administrativa para

desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción anterior, conforme lo señalado en la Ley 909 de 2004.

Teniendo en cuenta que el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, establece que los empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de 3 años, mediante Resolución No. 0146 del 7 de marzo de 2013, se le otorgó comisión de servicio para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción hasta por el término de 3 años contados a partir del 7 de marzo de 2013, tomando posesión del cargo de asesor el 7 de marzo de 2013.

Por lo anterior se consulta:

Teniendo en cuenta que los cargos de asesor y director son de libre nombramiento y remoción del Superintendente, es posible terminar la comisión de servicios otorgada antes de los tres años? La forma de hacerlo es mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento efectuado en el cargo de libre nombramiento y remoción y el reintegro del funcionario en el cargo en el cual tiene derechos de carrera administrativa?

La terminación de la Comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción afecta algún derecho de carrera de los funcionarios?

Dicha terminación se puede realizar durante el periodo de la Ley de Garantías para elecciones presidenciales?

Los cargos vacantes podrían proveerse en el periodo de la Ley de Garantías mediante nombramiento ordinario y/o otorgando comisión a otro funcionario de carrera administrativa?"

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Y RESPUESTA:

Antes de proceder a dar respuesta a su consulta, el Despacho encuentra necesario señalar lo siguiente:

En primera medida, conviene referirse a las precisas funciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil para el ejercicio de las competencias de administración y vigilancia del sistema de carrera designadas por la Ley 909 de 2004, entre las cuales, si bien tiene la de absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa, lo cierto es que en virtud de ella no cuenta con la potestad para servir de instancia jurídica consultiva que participe en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, por lo que la respuesta se impartirá en términos generales, teniendo en consideración las normas de carrera y pronunciamientos de la CNSC que reglamentan la materia.

Ahora bien, a efectos de atender los temas objeto de la presente consulta, resulta pertinente, presentar algunas consideraciones respecto a:

a) Comisión para desempeñar empleos de Libre Nombramiento y Remoción o de Periodo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil aprobó en Sesión de Comisión de fecha 20 de noviembre de 2012¹, el siguiente criterio:

*"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.*

*Finalizado el término de la comisión concedida, y el de su prórroga si es del caso, sin excepción alguna 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 comisión.*

*En consecuencia, si el mismo empleado, desea volver a gozar de una comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción y/o de período, deberá regresar al empleo sobre el que ostenta titularidad y **permanecer en este por el tiempo necesario**² para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, a saber:*

- *Ostentar la calidad de empleado con derechos de carrera administrativa.*
- *Haber obtenido calificación sobresaliente en la evaluación del desempeño definitiva.*
- *La comisión se puede otorgar hasta por tres (3) años en periodos continuos o discontinuos.*
- *Se puede prorrogar por un término igual.*
- *El empleo en el cual se ejerce debe ser de libre nombramiento y remoción o de período.*
- *Se ejerce la comisión en la misma entidad o en otra.*
- *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.*

¹ Acta 891 del 20 de noviembre de 2012.

² El tiempo que sea necesario para cumplir los requisitos que establece el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, se refiere de manera específica a la oportunidad en que el servidor regresa al empleo del que es titular respecto del período en que efectuará su EDL, pues para tener derecho a gozar de una comisión en empleo de LNyR la calificación de su EDL es la definitiva (artículo 8º Acuerdo 137 de 2010).

Para lo cual, es pertinente precisar que la evaluación de desempeño se refiere a la correspondiente al año inmediatamente anterior a la fecha en que se solicite hacer efectivo el incentivo² consistente en la comisión, en concordancia con lo establecido en el artículo 80 del Decreto 1227 de 2005. Entendiendo que en la vida laboral de un servidor, éste puede ser acreedor de varias comisiones para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, siempre y cuando cumplido el lapso del otorgamiento de la comisión, que no podrá superar seis (6) años incluidas sus prórrogas, el servidor debe reintegrarse a su empleo -so pena de ser desvinculado del cargo de libre nombramiento y remoción y permanezca en este por el tiempo necesario para acreditar el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la norma, para acceder a nueva comisión."

b) Provisión de Empleos en vigencia de la Ley de Garantía Electorales.

Al respecto, la Ley 996 de 2005 frente a las restricciones a las vinculaciones en las entidades del Estado, previó:

"Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal.

Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

Parágrafo. *Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la organización electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos."*

Inciso cuarto del párrafo del Artículo 38.

"(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa." (Resaltado fuera del texto original)

² Artículo 28°. - Comisión para Desempeñar Empleos de Libre Nombramiento y Remoción o de Periodo. Como uno de los incentivos que deben concederse a los empleados de carrera, los nominadores deberán otorgarles la respectiva comisión para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo cuando hubieren sido nombrados para ejercerlos.

Precisado lo anterior y en atención a sus inquietudes se le informa que al tratarse de un empleo de Libre Nombramiento y Remoción desempeñado por un servidor de carrera mediante una Comisión, tal designación no conlleva a que se desnaturalice la liberalidad que asiste al nominador para determinar el servidor que lo desempeñará, por tanto, se tiene que el servidor podrá permanecer en el empleo bien sea por el tiempo máximo legalmente permitido para permanecer en esta Comisión (tres años y prórroga hasta por 3 años) o por determinación del nominador de darla por terminada en cualquier momento, independientemente del tiempo que lleve en éste empleo el servidor.

Ahora bien, la consecuencia de dar por terminada la misma, es que el servidor deba asumir de manera inmediata el empleo en el que ostenta titularidad, so pena que se declare vacancia definitiva del mismo, y para tener nuevamente derecho a acceder a una Comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, deberá permanecer en su empleo el tiempo necesario para contar con calificación definitiva (desde el momento de su reintegro al empleo del cual es titular y hasta el 31 de enero del año siguiente) y sobresaliente en su evaluación del desempeño laboral.

Bajo esta perspectiva, es claro que el nominador podrá, en ejercicio de su poder discrecional que le permite determinar la persona con quien va a proveer un empleo de Libre Nombramiento y Remoción, declarar la insubsistencia de tal nombramiento en el momento que así lo determine y con ello se demanda del servidor titular, el retorno inmediato a su empleo de carrera, sin que tal determinación afecte ninguno de sus derechos, dado que el derecho a que se otorgue comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, no significa que el servidor público con derechos de carrera pueda exigir a la Administración que le realice un nombramiento en un empleo de tal naturaleza que se encuentre vacante o que mantenga la designación realizada durante el tiempo máximo que permite la ley, pues se reitera, la provisión de éstos hace parte del margen de autonomía y liberalidad que le asiste al nominador, por tanto, **siempre** deberá existir el ofrecimiento previo o nombramiento ordinario por parte de la Administración y la voluntad de permanencia cuando ya se está en ejercicio de la misma.

Ahora bien, en cuanto a las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005, se tiene que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta del 26 de julio de 2007, señaló:

"En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. (Subrayas propias)"

En igual sentido, en consulta del 04 de febrero de 2010, señaló:

“Destaca la Sala el último inciso del párrafo transcrito, porque prohíbe a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer vinculaciones a la nómina del respectivo organismo o entidad territorial.”

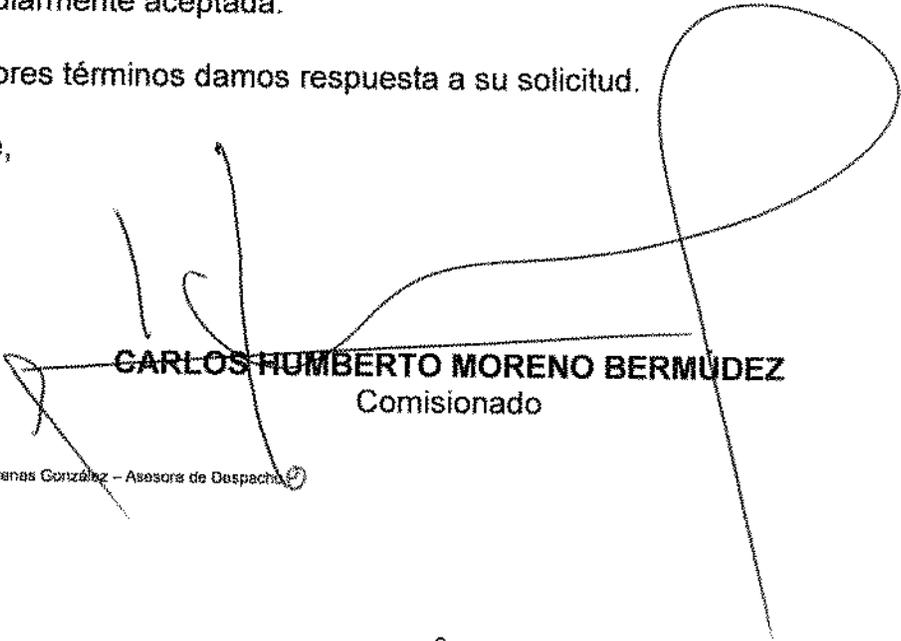
A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004.”

Tal como se observa, no es posible que la Administración durante la etapa preelectoral, realice desvinculaciones en ejercicio de su poder discrecional o autonomía nominadora, la cual fue limitada por la Ley en comento; en tal virtud, únicamente se podrán proveer las vacancias que se generen por muerte o renuncia irrevocable del titular del empleo.

Ahora, tratándose de provisión de un empleo de libre nombramiento y remoción, se observa que es viable proveerlo mediante la comisión para su desempeño, en razón a que igualmente se trata de una de las excepciones contempladas en la Ley 996 de 2005, comoquiera que tal provisión se realiza en aplicación de las normas de carrera administrativa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 909 de 2004, siempre que se trate de una vacante definitiva que se haya generado con ocasión a la muerte o la renuncia regularmente aceptada.

En los anteriores términos damos respuesta a su solicitud.

Cordialmente,


CARLOS HUMBERTO MORENO BERMÚDEZ
Comisionado

Proyectó: Paula Tatiana Arenas González – Asesora de Despacho