

MODIFICACIÓN CRITERIO UNIFICADO “COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO.”

Ponente: Pedro Arturo Rodríguez Tobo
Fecha de sesión: 14 de abril de 2015

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Criterio Unificado de fecha 13 de agosto de 2013, adoptó entre otras, la posición relacionada con la duración de comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, indicando para ello, lo siguiente:

“(…) 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 satisfactorios” 6 (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, tal como aparece definido técnicamente dicho instrumento por el órgano competente que es el DAFP. (...)”

Así mismo, en dicho criterio se trajo a colación el concepto emitido bajo el radicado de salida No. 47233 del 26 de noviembre de 2012 en el que se precisó:

*“...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 la 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 (sic) la evaluación resultante de los acuerdos de gestión.

En los términos antes expuestos y sin perjuicio de la posición que tiene esta Comisión respecto a los vicios de nulidad de que adolece el Decreto 2809 de 2010 (...).

En igual sentido, el referido documento hizo mención al criterio aprobado en Sala Plena de fecha 20 de noviembre de 2012, en relación con la aplicación del Decreto No. 2809 de 2010, por el que dispuso:

“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 necesario¹⁴ 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.

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 incentivo 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 período, 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 del cual es titular 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”

Con posterioridad, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, mediante providencia de fecha 15 de mayo de 2014, declaró la **NULIDAD** del 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.

Como fundamento de esta decisión el H. Consejo de Estado, consideró:

*“(…) Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, la Ley 909 de 2004, artículo 26, establece que “**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”. Es decir que la norma no contempló excepciones para otorgar nuevas comisiones una vez finalizados los seis años.*

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. (...) (Resaltado fuera del texto original).

En consecuencia, y con ocasión de la decisión del H. Consejo de Estado, resulta pertinente modificar los apartes del Criterio Unificado de fecha 13 de agosto de 2013, que hacen referencia a la aplicación del penúltimo inciso del Decreto 2809 de 2010, así como, los conceptos emitidos al respecto por los despacho de los Comisionados de esta Comisión Nacional.

Por lo anterior, se adopta el siguiente criterio en relación con la duración de comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción:

El inciso primero del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, en relación con la duración de la situación administrativa que nos ocupa, prevé:

"(...) 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. (...)" (Marcación intencional)

Sobre este particular, la Corte Constitucional en la Sentencia C-175 de 2007, precisó:

"(...) Conforme a la regulación vigente, plasmada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, al finalizar el término de la comisión, el de su prórroga, o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado de él antes del vencimiento del término de la comisión, "deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera".

(...)

Y es que el comentado carácter automático consiste, básicamente, en que 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)

Corolario de lo expuesto, la CNSC, considera que en la vida laboral de un servidor de carrera, el término máximo que podrá otorgársele comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, incluidas sus prorrogas, es de **seis (6) años**, al vencimiento del cual, deberá regresar a desempeñar el empleo del que es titular, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa.



La presente modificación fue aprobada por unanimidad en sesión de comisión del 14 de abril de 2015, y deroga los apartes del Criterio Unificado de fecha 13 de agosto de 2013, así como los conceptos adoptados por la CNSC que le sean contrarios, manteniéndose incólumes en los demás aspectos.

PEDRO ARTURO RODRÍGUEZ TOBO
PRESIDENTE (E)

Aprobó: Sala Plena de Comisionados
Proyectó: Shirley Johana Villamarín, Miguel Fernando Ardila