

2
C

29 ENE. 2015 17/1030

MEMORANDO

PARA: DR JOHN FREDY LOPEZ ALVAREZ
Oficina de Personal

29 ENE 2015

I-2015-6230

DE: OFICINA ASESORA JURIDICA

ASUNTO: Rad 5300 del 26/01/15. Consulta sobre viabilidad de prórroga de comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción docentes Decreto 1278 de 2002.

Se ha recibido en esta Oficina, el oficio de la referencia en el cual se efectúa una consulta sobre la viabilidad de la prórroga de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción de docentes que pertenecen al Estatuto de profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002.

I. CONSULTA.

El docente Paulo Alberto Molina pertenece a la planta de personal docente, desde el 4 de junio de 2010, con base en la resolución de nombramiento 1375 de esa fecha.

Mediante resolución No 1248 del 10 de febrero de 2012 se le otorgó comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción por el período comprendido entre el 10 de febrero de 2012 y el 11 de febrero de 2015.

El docente en mención a través del radicado No E-2015-10164 del 21 de enero de 2015, solicita la prórroga de la comisión.

Con base en lo señalado en el artículo 56 del Decreto 1278 de 2002, se formulan los siguientes interrogantes:

1.- ¿Es viable jurídicamente la prórroga de la comisión para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción para los docentes del Decreto 1278 de 2002, cuando ya se han cumplido los 3 años establecidos en la norma?

2.- ¿En caso de ser viable bajo que normatividad podrían otorgarse dichas comisiones?

II. TESIS:

Con base en lo establecido en el artículo 56 del Decreto 1278 de 2002, no es viable prorrogar a un docente o directivo docente, sometido al régimen de este estatuto, por más de tres años, una comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.

III. FUNDAMENTO LEGAL

Ley 715 de 2001

Ley 909 de 2004

Decreto 2277 de 1979

Decreto 1278 de 2002

Decreto 2809 de 2010

Criterio Unificado "comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo". CNSC 13 de agosto de 2013.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

La comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, es una de las situaciones administrativas en que puede encontrarse un funcionario público activo, y para mayor claridad en este análisis, se estudia esta figura respecto de los diferentes regímenes existentes en la Secretaría de Educación.

FUNCIONARIOS PUBLICOS DE CARRERA.

Respecto de los funcionarios públicos administrativos de carrera la regulación de esta figura la encontramos en la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 - *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*, la cual en su artículo 26 consagra: "...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 periodos 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 periodo, 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.

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 periodo a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria..."

Esta figura fue reglamentada a través del Decreto 2809 de 2010.

Podemos observar que esta comisión respecto de los funcionarios públicos de carrera tiene las siguientes características:

- 1.- Es un estímulo y un derecho que surge de la calificación de sobresaliente en la evaluación de desempeño y para el caso de obtener una calificación satisfactoria, es discrecional de la Administración concederla o no.
- 2.- Su duración es hasta por el término de tres (3) años, en periodos continuos o discontinuos.
- 3.- Es prorrogable por un término igual, pero no puede exceder en ningún caso de 6 años, so pena de ser desvinculado de la carrera Administrativa.

4.- La prórroga de las comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción es facultativa del Jefe de la Entidad de conformidad con lo señalado en el Decreto 2809 de 2010.

DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES PERTENECIENTES AL REGIMEN DEL DECRETO 2277 DE 1979.

El artículo 59 del Decreto 2277 de 1979 regula las situaciones administrativas de los docentes oficiales, en la siguiente forma: *"Distintas situaciones. Los docentes al servicio oficial pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones:*

- a) *En servicio activo.*
- b) *En licencia.*
- c) *En permiso.*
- d) *En comisión o por encargo.*
- e) *En vacaciones.*
- f) *En suspensión del ejercicio de sus funciones, y*
- g) *En retiro del servicio.*

A su vez el artículo 60 del mismo estatuto señala: *"Servicio activo. El docente se encuentra en servicio activo cuando ejerce las funciones propias del cargo del cual ha tomado posesión en propiedad.*

También se considera el docente en servicio activo cuando su cargo ha sido suprimido o cuando no se le haya asignado carga académica."

Para los docentes y directivos docentes regulados por el del Decreto 2277 de 1979, la situación administrativa de comisión se encuentra en el artículo 66 de dicho estatuto en los siguientes términos: *"COMISIONES. El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. Si el comisionado fuere removido por una de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 de este decreto, se le aplicará el procedimiento disciplinario establecido en el capítulo V.*

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.

El tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón.

Si el nombramiento para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo docente".

Las características de esta comisión para los docentes y directivos docentes sujetos al Estatuto contenido en el Decreto 2277 de 1979, son:

- 1.- Su otorgamiento es discrecional de la Administración, es decir, puede ser o no concedida.
- 2.- Puede recaer únicamente en los docentes escalafonados en servicio activo.
- 3.- El docente o directivo docente que le es concedida una comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, no pierde la calificación en el escalafón.

4.- El tiempo que dure el docente o directivo docente ejerciendo por comisión un cargo de libre nombramiento y remoción, se contabiliza para efectos del ascenso en el escalafón docente.

5.- La duración de estas comisiones por no haber sido regulada expresamente en el decreto 2277 de 1979, era la señalada en el Decreto 1950 de 1973 y posteriormente por el Decreto 1227 de 2005, que en este aspecto fue derogado por el Decreto 2809 de 2010 quedando reglamentada en la siguiente forma, en el literal 5 del artículo Primero: "*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 estas no podrá superar los seis (6) años, so pena de que el empleado sea desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática*".

DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES REGULADOS POR EL ESTATUTO DE PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE CONTENIDO EN EL DECRETO 1278 DE 2002.

Para los docentes y directivos docentes sujetos a la reglamentación del Decreto 1278 de 2002, en el artículo 50 se indicó: "*Situaciones administrativas. 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*".

A su vez el artículo 56 del mismo estatuto señaló: "*Comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción. 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". (el resaltado es nuestro).

Sobre la base de esta normatividad, tenemos entonces que, las características de esta comisión para los docentes y directivos docentes sujetos al Estatuto contenido en el Decreto 1278 de 2002, son:

1.- Se concede a las docentes y directivos docentes escalafonados e implica una separación temporal de servicio o de sus funciones.

2.- La concesión o no de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción es una facultad discrecional de la Administración.

3.- El tiempo de servicio que se labore estando en comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, no se contabiliza para efectos del ascenso o de reubicación en el nivel salarial. Esta es una diferencia sustancial con el régimen contenido para la misma situación en el Decreto 2277 de 1979.



4.- La duración de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción para los docentes y directivos docentes sujetos al régimen del Decreto 1278 de 2002, está expresamente regulada en el artículo 56 de dicha normatividad, y se indica que su término máximo de duración es de tres (3) años.

A lo largo de este recuento se puede observar como el legislador, a pesar de reglamentar la misma situación administrativa, estableció claras diferencias que surgen del tipo de vinculación con la Administración y del régimen especial de carrera aplicable a los funcionarios, sean administrativos o sean docentes y/o directivos docentes.

Si bien, en el caso de los docentes y directivos docentes regulados por el Decreto 2277 de 1979, para efectos de determinar la duración de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, se acude a la aplicación analógica de las normas contenidas en el Decreto 2809 de 2010, por existir el vacío legal sobre este aspecto, no es el mismo caso que se presenta respecto de los docente y directivos docentes reguiados por el decreto 1278 de 2002, toda vez que este estatuto si reglamentó expresamente el término máximo de la duración de esta situación administrativa.

Por tanto, no es viable acudir a una vía de aplicación analógica de normas o a una aplicación normativa fundada en un criterio de igualdad, desconociendo una reglamentación propia, donde no se presenta vacío legal, para aplicar una normatividad diferente a la indicada para los docentes y directivos docentes pertenecientes al régimen del Decreto 1278 de 2002, esto es que para ellos, la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción no puede ser prorrogada por un término superior a los tres (3) años.

Atentamente


CAMILO BLANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparó: Lisi Amalfi Álvarez 27/01/15
Rad 5300 