



**Función Pública**

## Concepto 93531 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000093531\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000093531

Fecha: 06/03/2020 10:02:26 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción. RADICACION. 2020-206-005085-2 del 6 de Febrero 2020

En atención a su consulta relacionada con el término de una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, para los cual no relata los siguientes hechos:

"(...) 17 de agosto de 2017 la Dirección General de la Entidad le otorgó mediante resolución la comisión para desempeñar el cargo de Asesor, hasta por el término de 2 años contados a partir de dicha fecha.

La resolución en comento precisó en su artículo 2º lo siguiente: *Finalizado el término por el cual se otorgó la presente comisión, 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 de forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.*"

3. En vigencia de la comisión, la Entidad, de conformidad con la alternativa dispuesta por la norma, decidió nombrar a un profesional para ocupar el cargo en comento bajo la figura de la provisionalidad.

4. Desde el término de la comisión, esto es el 16 de agosto de 2019, hasta la fecha de esta comunicación, la Entidad no ha notificado al funcionario para volver al empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera, toda vez que el cargo en cuestión continúa siendo desempeñado por un profesional en provisionalidad."

Según lo indicado en su comunicación le fue otorgada una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la planta de la entidad donde se encuentra vinculado en un empleo de carrera administrativa desde el 17 de agosto de 2017 y por el término de dos años, y que cumplido los 2 años, usted continúa desempeñando el empleo de libre nombramiento y remoción, sin que la entidad a la cual se encuentra vinculado haya efectuado una prórroga a la comisión. Sobre el particular es procedente indicar lo siguiente:

La situación administrativa denominada comisión para el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, se encuentra regulada por la Ley 909 de 2004, así:

*“ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. 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 períodos 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 período, 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 período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria”*

Respecto de la toma de posesión de un empleo de libre nombramiento y remoción por parte de un empleado con derechos de carrera sin que medie la respectiva comisión, la Ley 909 de 2004, señala:

*“ARTÍCULO 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa.*

*1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.*

*2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.*

*3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.” (Subraya fuera de texto)*

De las anteriores disposiciones, es posible concluir lo siguiente:

La comisión para el desempeño de empleos de libre nombramiento y remoción es una figura contemplada exclusivamente para preservar derechos de carrera administrativa.

Previo al otorgamiento de la comisión debe efectuarse el nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción. No obstante, para tomar posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción debe haber mediado la comisión respectiva, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 de la Ley 909 de 2004, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

La Comisión para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción, es una situación administrativa que se confiere a los empleados que ostentan derechos de carrera que cumplan los requisitos establecidos para el otorgamiento de esta figura, lo cual no implica pérdida ni mengua en los derechos de carrera.

Mientras dura esta comisión, el empleado queda regido por la relación laboral del cargo de libre nombramiento y remoción, suspendiéndose la del empleo de carrera.

El empleado que ostenta derechos de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente tiene el derecho a ser comisionado para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, en el caso de los empleados de carrera con evaluación de desempeño satisfactoria, será facultativo de la administración concederla.

El empleado que pudiera llegar a ser comisionado por derecho o por decisión facultativa de la Administración, debe cumplir con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo de libre nombramiento y remoción.

La comisión debe conferirse mediante acto administrativo, resolución en la cual se debe determinar el término de duración de la misma, una vez cumplido el término, el empleado deberá regresar al cargo del cual es titular de derechos de carrera, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

El empleado comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, percibirá el salario y prestaciones sociales correspondientes al empleo de libre nombramiento y remoción para el cual fue nombrado. En consecuencia, será la entidad en donde se cumple la comisión, la responsable del reconocimiento y pago de estos emolumentos.

se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.

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.

Ahora bien, es importante hacer alusión a lo dispuesto por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 175 de 2007, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, expresó:

“4.1.3. El legislador y las causales de retiro de la carrera administrativa

(...), el Congreso de República podía establecer que el empleado de carrera administrativa se expone a ser desvinculado del cargo de carrera siempre que la comisión o la suma de ellas exceda el término de seis (6) años. Así pues, la previsión legal de esta causal tiene sustento constitucional y, por este aspecto, no se avizoran motivos de contradicción con los contenidos del artículo 125 de la Constitución.

(...)

4.2.1. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004

(...). Tal como ha quedado apuntado, en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 se prevé que cuando la comisión o la suma de comisiones para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción sobrepase el término de seis (6) años, el empleado de carrera administrativa podrá ser desvinculado, "en forma automática", del cargo que le corresponda en la carrera.

-

Como lo hizo la Corte en otra oportunidad, cabe preguntar ahora en cuáles hipótesis y bajo qué condiciones se le confiere comisión a un empleado de carrera administrativa para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. A fin de responder a este interrogante, es de interés puntualizar que también las situaciones administrativas están determinadas por el criterio del mérito<sup>15</sup> y que, de conformidad con el propio artículo 26, ahora examinado, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño sobresaliente le asiste el derecho a que se le otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en periodos continuos o discontinuos, con la posibilidad de prórroga por un término igual, para que ejerza el cargo de libre nombramiento y remoción que le haya sido discernido en razón de nombramiento o de elección, mientras que, cuando el empleado de carrera haya obtenido una evaluación de desempeño satisfactoria, la respectiva entidad le "podrá" otorgar la comisión por los mismos tres (3) años y con idéntica prórroga.

-

(...).

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".

Es en el contexto brevemente descrito en el cual ha de entenderse la causal de retiro de la carrera administrativa cuya constitucionalidad controvierten los actores en esta oportunidad y que conduce a la declaratoria de vacancia del cargo, dado que el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 también señala que, al no reintegrarse el servidor público al empleo de carrera cuando expira el término de la comisión o el de su prórroga, "la entidad declarará la vacancia de éste y lo proveerá en forma definitiva".

-

(...)

#### 4.2.2.1.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el procedimiento para su aplicación

(...)

A fin de examinar este aspecto, no se puede perder de vista que, según el artículo estudiado, cuando al finalizar el tiempo de la comisión o de su prórroga el empleado no retorne voluntariamente al empleo de carrera, la entidad declarará la vacancia. En torno a la potestad de la Administración de declarar la vacancia en el empleo por abandono del mismo, la Corte expuso consideraciones que ahora resultan perfectamente aplicables.

-

(...)

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.

#### 4.2.2.1.3. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, el principio de legalidad y la libre voluntad del empleado

Para cerrar este acápite, restan algunas consideraciones acerca de la alegada violación del principio de legalidad que, en sentir de la Corte, no se presentan, porque el analizado artículo 26 prevé las hipótesis en las cuales tiene lugar el otorgamiento de la comisión, prevé la posibilidad de declarar la vacancia, fija en seis (6) años, continuos o discontinuos, el término máximo durante el cual el empleado de carrera puede desempeñar en comisión empleos de libre nombramiento y remoción y establece la consecuencia que se deriva de la situación administrativa del empleado en comisión, cuando se excede el mencionado término y no se reasume el cargo de carrera.

Por lo demás, a propósito del debido proceso, es de interés destacar que la libre voluntad del empleado de carrera juega un importante papel tratándose de esta causal de retiro. 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", 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.

La Corte no encuentra, entonces, motivos de inconstitucionalidad en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, por lo que hace a los cargos fundados en la presunta violación del derecho al debido proceso.

4.2.2.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el derecho a la estabilidad laboral del empleado de carrera

(...)

(...), tal como sucede tratándose de la causal de retiro prevista en el 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. (...)" (Subrayado nuestro)

Es así como la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 909 de 2007, deja claramente establecido que el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, inspirada en propósitos de interés general, 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; aspecto que conlleva a que sea menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y por tal razón, considera que las condiciones establecidas en dicha norma 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.

En consecuencia, el empleado público de carrera administrativa únicamente puede estar en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, por el término de seis (6) años, sean éstos continuos o discontinuos, en el mismo empleo o en diferentes empleos, por lo que una vez finaliza dicho término el empleado podrá permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción, renunciando al cargo de carrera de que es titular o retornar a éste, con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa.

Es pertinente precisar que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, en Sentencia del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), declaró la nulidad del aparte del artículo 1º del Decreto 2809 de 2010, que modificó el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, y que permitía que una vez superado el término de seis (6) años de estar el empleado de carrera en comisión, se le otorgaran nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período.

Por lo tanto, no es procedente que un empleado con derechos de carrera este desempeñando un empleo de libre nombramiento y remoción

mediante la respectiva comisión por un término superior al indicado.

De conformidad con lo que se ha dejado indicado, si le fue otorgada una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción por el término de dos años y no se produjo por parte de la entidad empleadora un prorroga a dicha comisión, y el empleado con derechos de carrera que continúa desempeñando el empleo de libre nombramiento y remoción sin que medie una comisión, perderá los derechos sobre el empleo carrera en el empleo del cual era titular.

En cuanto a la forma como expidan las entidades públicas sus actos administrativos frente a los movimientos de personal y otorgamiento de situaciones administrativas, es preciso indicar que la forma como cada entidad expida sus actos, es un aspecto que le concierne en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, le corresponderá en todo caso, valorar la mejor forma de organizar y expedir sus actos administrativos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Ruth González Sanguino

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:51:55