



## Concepto 058581 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000058581\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000058581

Fecha: 22/02/2021 04:12:26 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CARRERA ADMINISTRATIVA - Derechos de Carrera. Empleado de carrera que desempeña cargo de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20212060078502 del 15 de febrero de 2021.

De acuerdo a la comunicación de referencia, en la cual consulta "Funcionaria de carrera estoy en comisión de trabajo, (...) si no regresa pierde los derechos de carrera, sin embargo, qué pasaría con el cargo de profesional universitario grado ocho", me permito indicarle lo siguiente:

Sobre la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004 establece:

*"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". (Subrayado nuestro).*

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<sup>16</sup>.

(...).

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 reanuda 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"<sup>28</sup>, 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

(...)

(...)<sup>30</sup>, 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)

Por otro lado, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala:

"ARTÍCULO 25. *Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera*".

Conforme a lo anterior el Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala:

"ARTÍCULO 2.2.5.2.2 *Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:*

(...)

5. *Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.*

(...)"

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 *Provisión de las vacancias temporales.*

(...)

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

(...)”

Conforme a la normatividad anteriormente descrita, el empleo que se encuentra en vacancia temporal, en el caso en concreto debido a la comisión del empleado titular podrá ser proveído mediante encargo con empleados de carrera de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, y en el caso de no existir empleados de carrera que puedan ser encargados, podrá ser proveerse mediante nombramiento provisional.

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección Jurídica puede concluir que:

1. 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, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa.
2. Al vencimiento de la misma, el empleado debe reintegrarse al empleo del cual ostenta derechos de carrera o presentar la renuncia a este; de no cumplir con lo anotado, el nominador deberá desvincularlo del cargo de carrera administrativa, declarando la vacancia del empleo y procederá a proveerlo en forma definitiva.

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: Lucianny G.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2025-01-20 23:34:19*