



Concepto 131201 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000131201

Fecha: 31/03/2023 09:38:56 a.m.

Bogotá

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión Empleo de Libre Nombramiento y Remoción. RADICACIÓN 20239000123472 de fecha 23 de febrero de 2023.

“Soy empleada de carrera administrativa grado 8 profesional universitario de la secretaría de educación de Sahagún Córdoba Y quiero consultar que debo hacer para poder tomar un cargo de libre nombramiento y remoción en una entidad del ministerio de agricultura en calidad de directora territorial

¿Qué debo hacer para no perder mis derechos de carrera?

Quisiera saber si tomo ese cargo de libre n y r, que sueldo devengaría ¿El de mi planta o el de ese cargo?

¿Por cuánto tiempo puedo estar en ese cargo de libre nombramiento?” me permito indicarle:

Al respecto 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”, 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. (...)”

Respecto de la toma de posesión de un empleo de libre nombramiento y remoción por parte de un empleado con derechos de carrera, la precitada Ley 909 de 2004, señala:

«Artículo 42.- Pérdida de los derechos de carrera administrativa.

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.

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.

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)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, sobre el mismo tema, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.39 Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo. Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo, con el único fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o periodo se regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Sin embargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, en Sentencia del 15 de mayo de 2014, declaró la nulidad del aparte del artículo 1 del citado Decreto 2809 de 2010, que modificó el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, y 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. En dicha sentencia, el Consejo de Estado expresó:

“La Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de inciso final del citado artículo 26 de la Ley 909 de 2004, indicó que la ley consagra dos situaciones a favor de los empleados de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período (8):

Quienes haya obtenido evaluación de desempeño sobresaliente tienen derecho a que se le otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, prorrogable por el mismo término, para desempeñar dichos cargos. La concesión de la comisión es obligatoria para el nominador. Quienes hayan obtenido evaluación del desempeño satisfactoria, tienen la posibilidad de que se le otorgue la comisión en las mismas condiciones antes mencionadas. En este caso la concesión de la comisión es una mera expectativa, pues depende de la discrecionalidad del nominador.

Es decir, que quienes han logrado ingresar a la carrera administrativa en razón de sus méritos, pueden solicitar que se les otorgue comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, para lo cual el nominador tendrá en cuenta las situaciones antes mencionadas.

En relación con el término de duración de la comisión, en principio se puede solicitarla hasta por tres (3) años, prorrogable por el mismo término, es decir que no puede ser superior a seis (6) años. Una vez finalizado este término, el servidor debe reintegrarse a su empleo so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática (9).

Así las cosas, al confrontar el Decreto 2809 de 2010, con las normas citadas como vulneradas, la Sala observa que la disposición demandada establece los mismo requisitos que la Ley 909 de 2004 para la solicitud de la Comisión, establece el mismo término de duración, y coincide en la desvinculación automática por no reintegrarse al cargo, es decir, en estos aspectos el Decreto 2809 de 2010 no contraría normas superiores.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el penúltimo párrafo del artículo 1º del Decreto 2809 de 2010, (...).

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.

En las anteriores condiciones, al establecer el Decreto 2809 de 2010 la posibilidad de conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo una vez vencido el término máximo de los seis (6) años, excede la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República”.

Por consiguiente, el empleado público de carrera administrativa únicamente puede estar en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo, por el término de seis (6) años, sean estos 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 este con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa.

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 podrá ser otorgada para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción en la misma entidad a la cual se encuentran vinculado el empleado, o en otra entidad de la Administración Pública.

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, siendo pertinente mencionar que la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años.

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.

Con relación a su primer interrogante, Soy empleada de carrera administrativa grado 8 profesional universitario de la secretaría de educación de Sahagún Córdoba Y quiero consultar que debo hacer para poder tomar

un cargo de libre nombramiento y remoción en una entidad del ministerio de agricultura en calidad de directora territorial

¿Qué debo hacer para no perder mis derechos de carrera?

Respuesta: De acuerdo a la normativa expuesta, la situación administrativa a la que podrá acudir un empleado con derecho de carrera para posesionarse a un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, es la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período contemplado en la Ley 909 de 2004 en el artículo 26 y en el decreto 1083 de 2015, la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, tiene como beneficiarios únicamente a los empleados de carrera administrativa, para efectos de que los mismos conserven sus derechos de carrera en el empleo del cual son titulares, por el tiempo en que se desempeñan en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período para el cual hayan sido nombrados.

Con relación su segundo interrogante, “*Quisiera saber si tomo ese cargo de libre n y r, que sueldo devengaría ¿El de mi planta o el de ese cargo?*”

Respuesta: Mientras dura la comisión, el empleado queda regido por la relación laboral del cargo de libre nombramiento y remoción, suspendiéndose la del empleo de carrera, por lo que si se encuentra en comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción

el sueldo que devengaría sería el contemplado para el cargo que actualmente ocupa.

Con relación a su tercer interrogante *¿Por cuánto tiempo puedo estar en ese cargo de libre nombramiento?*

Respuesta: El empleado público de carrera administrativa únicamente puede estar en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo, por el término de tres años, prorrogable por tres más.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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

Proyecto: Yaneirys Arias.

Reviso: Maia V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:24