



# Concepto 222921 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000222921\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000222921

Fecha: 06/06/2023 03:00:57 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción. Radicación. RADICACION. 20239000265032 del 5 de mayo de 2023.

En atención al asunto de la referencia, mediante la cual consulta:

*En el Municipio de Silvania Cundinamarca, se otorgó una comisión al Inspector urbano de Policía EDINSON JAIR VELLASQUEZ ACOSTA, dicha comisión se otorgó por solicitud del funcionario para ocupar un cargo de período como Personero en el Municipio de Pasca Cundinamarca. Revisando la carpeta de la hoja de vida del Inspector EDINSON JAIR VELASQUEZ ACOSTA, se tiene que el funcionario ya ha solicitado otras comisiones y sumando dichas comisiones, para el día 20 de mayo de 2023 cumple seis años en comisión.*

A la luz del artículo 26 de la ley 909 de 2004 tenemos lo siguiente:

*“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 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 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”. Negrillas nuestras (?). Teniendo en cuenta lo anterior esta Alcaldía de Silvania Cundinamarca le oficio al funcionario EDINSON JAIR VELASQUEZ ACOSTA que debía retornar al cargo el día 20 de mayo de 2023 toda vez que se cumplían seis años por tanto se vencía el periodo en comisión, sin embargo, el Dr EDINSON JAIR VELASQUEZ ACOSTA, en respuesta al oficio manifiesta lo siguiente: (ver imagen del texto) Teniendo en cuenta lo anterior la consulta que se hace es la siguiente:*

*- Puede haber decaimiento del acto administrativo que le otorgo la comisión al Inspector de Policía para que desempeñe un cargo de periodo? toda vez que a la luz del Artículo 26 de la ley 909 de 2004, no existen excepciones para otorgar nuevas comisiones.*

*- Para nuestro caso concreto, hasta qué punto la presunción de legalidad de un acto administrativo puede contravenir una disposición contenida en una ley so pretexto de que se otorgó una comisión para un cargo de periodo que vence con posterioridad al cumplimiento de los seis años de comisión.*

*- Para nuestro caso es posible desvincular al funcionario de manera automática si no retorna al cargo de carrera una vez se cumplan los seis años de comisión de los que trata la norma antes enunciada.*

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 909 de 2004<sup>1</sup>, donde se contempla la situación administrativa en la que pueden estar vinculados los empleados de carrera administrativa de comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, dispuso:

*“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 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 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 fuera del texto original)*

Así mismo, el artículo 2.2.5.5.39 del citado Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> dispone:

*"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 período, 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 registrará por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan". (Subrayado fuera del texto original)*

Por último, en la materia la Corte Constitucional se pronunció<sup>3</sup> con lo siguiente en lo referente a la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, a saber:

*"(...) Con la finalidad de respetar la estabilidad de los empleados de carrera y para no negarles la oportunidad de desempeñar otros cargos, estableció igualmente que ellos tienen derecho a gozar de situaciones administrativas como el encargo en otro empleo de carrera o la comisión mediante la cual pueden desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, para permanecer en el cargo al cual se ha ingresado por concurso de méritos, la misma ley exige, entre otros requisitos, someterse y colaborar en el proceso de evaluación personal e institucional "con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales" (art. 38)." (Subrayado fuera del texto original)*

De los apartes normativos expuestos, la situación administrativa de comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción se encuentra dispuesta como un derecho para los empleados de carrera administrativa, cuyo fin es respetar la estabilidad en los empleos que son titulares y la oportunidad de que puedan desempeñar otros cargos, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados en el manual de funciones para el ejercicio del cargo.

Es de precisar que, la comisión en un empleo de libre se encuentra considerada como una situación administrativa en la que podrán encontrarse empleados públicos de carrera administrativa, siempre que su evaluación anual del desempeño haya sido calificada en sobresaliente, y el jefe de la entidad en la cual esté vinculado decida su otorgamiento mediante acto administrativo motivado, con el fin de preservarle los derechos de carrera.

Cumplidos estos requisitos, la comisión podrá ser otorgada por el término de tres años, en periodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, que, en todo caso, la comisión o la suma de todos los periodos discontinuos no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado el empleado comisionado del cargo que ostenta derechos de carrera administrativa de forma automática, para lo cual la entidad lo declarará vacante y lo proveerá en forma definitiva.

En los anteriores presupuestos, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, es preciso abordar sentencia<sup>4</sup> proferida por el Consejo de Estado, en la cual declaró la nulidad del aparte del artículo 1° del Decreto 2809 de 2010, que modificó el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, el cual 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 empleos de libre nombramiento y remoción, concluyendo lo siguiente:

*"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 período, 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 1° 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”. (Subrayado fuera del texto original)

Bajo las anteriores consideraciones, 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 termino de seis (6) años, sean estos continuos o discontinuos, en el mismo empleo o en otro, teniendo en cuenta que permitir comisiones por un término superior a los seis años, y sin un límite de tiempo, se estaría contrariando la esencia de la carrera administrativa frente a la correcta prestación del servicio en desarrollo del principio de la función pública y el cumplimiento de asegurar los intereses del Estado.

En ese sentido, esta Sala de lo Contencioso Administrativo, concluyó que lo dispuesto en el derogado Decreto 2809 de 2010 excedía la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, la comisión o la suma de ellas no podrá exceder el términos de seis años, y una vez finaliza, el empleado comisionado podrá permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción, renunciando al cargo de carrera que es titular o retornar a este, con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa.

Así entonces, en criterio de esta Dirección Jurídica, el empleado con derechos de carrera administrativa que supere el término señalado en una comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción podrá perder los derechos inherentes a la carrera administrativa.

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](http://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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

2“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

3 Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de marzo de 2007, Referencia: expediente D-6484, Consejero Ponente: Jaime Araujo Renteria.

4 Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, 15 de mayo de 2014, No. de Referencia: 11001-03-25-000-2011-00066-00, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincon.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:04:14*