



Concepto 263551 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000263551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000263551

Fecha: 26/06/2023 06:13:18 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión para desempeñar un empleo de Libre Nombramiento y Remoción. ¿Es discrecional de la administración conceder la comisión por el tiempo que considere y no por el término máximo legal establecido? RADICACIÓN: 20239000587772 del 01 de junio de 2023.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual pone en conocimiento una situación particular y consulta sobre el término de la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción; al respecto me permito señalar:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación. En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares, motivo por el que nos pronunciaremos de forma general frente al tema objeto de consulta, en los siguientes términos.

Comisión para desempeñar un empleo de Libre Nombramiento y Remoción.

Frente a la figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, la Ley 909 de 2004², 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".

De acuerdo con esta norma, los empleados con derechos de carrera pueden ser comisionados para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período; una vez finalizado el término de duración de la comisión fijado en el acto administrativo que la contiene, el empleado debe asumir el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentar renuncia al mismo.

Esta comisión permite ejercer un nuevo cargo (libre nombramiento y remoción o período) sin perder la condición de empleado de carrera; sin embargo, el régimen de obligaciones, derechos, deberes, remuneración y de prestaciones sociales ya no será el que rige para el cargo del cual

se es titular, sino el que se aplique para el cargo en el cual fue nombrado.

Por su parte, frente al particular, el Decreto 1083 de 2015³, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.39 Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. 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.”

De acuerdo con las normas transcritas, la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción tiene como beneficiarios únicamente a los empleados de carrera administrativa, se constituye en una garantía para preservar los derechos de carrera por el tiempo en que se desempeñan en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período para el cual hayan sido nombrados.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, en Sentencia del 15 de mayo de 2014, 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 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

finés 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 termino de seis (6) años, sean estos continuos o discontinuos, en el mismo empleo o en diferentes empleos, por lo que una vez finaliza dicho termino 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.

Anotado lo anterior, en respuesta a sus interrogantes se concluye:

De acuerdo con lo manifestado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, quienes hayan 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, mientras que, 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.

Así las cosas, dependerá del caso particular, determinar si la comisión es una mera expectativa sujeta a la discrecionalidad del empleador o si el derecho consiste en que se otorgue y se respeten los términos señalados en la Ley.

En atención al marco normativo expuesto, no será necesario que se emita un acto administrativo mediante el cual se termine la comisión, por cuanto el término de esta estuvo definido en el acto administrativo que la otorgó y eventualmente en los que concedieron alguna prórroga; por lo tanto, una vez vencido el plazo allí establecido, el empleado público deberá reasumir el ejercicio del empleo de carrera administrativa. Para más 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 <https://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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: Maia Borja

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

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

3 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:56:34