



Concepto 282351 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000282351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000282351

Fecha: 07/07/2023 11:52:32 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. comisión para desempeñar empleo de periodo. CARRERA ADMINISTRATIVA. Pérdida de los derechos de carrera. RAD. 20232060596212 del 05 de junio del 2023

En atención a su escrito de la referencia, remitido a esta dirección en el cual eleva la siguiente consulta: *“Quiero solicitar un concepto, con respecto a la situación que atraviesa un funcionario de carrera administrativa a quien se le confirió una comisión para ocupar un empleo de periodo como personero municipal de otro municipio, limitándosele el tiempo de la comisión hasta el día que termine el periodo constitucional de personero, pero a quien antes de cumplirse dicho periodo se le notificó mediante acto administrativo de la vacancia de su cargo de carrera y por lo tanto la pérdida de sus derechos, en razón a que le tiempo máximo para otorgársele las comisiones se había cumplido y la comisión excedía los seis (6) años que indica el artículo 26 de la Ley 909 de 2004”* me permito manifestar lo siguiente:

Es importante indicarle que, 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.

Una vez precisado lo anterior, me permito señalar en relación con cada uno de sus interrogantes:

Con respecto a la comisión para desempeñar empleo de periodo, la Ley 909 de 2004² señala lo siguiente:

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.

Por su parte el Decreto 1083 de 2015³, establece lo siguiente:

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 regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

En cuanto a las causales de retiro del servicio y la pérdida de los derechos de carrera administrativa, la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

Por renuncia regularmente aceptada;

Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

Por invalidez absoluta;

Por edad de retiro forzoso;

Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

Por orden o decisión judicial;

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.

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 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.

(...)

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 (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Por consiguiente, de acuerdo a lo anterior se concluye que, 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, so pena de perder los derechos de carrera de forma automática, una vez se excede dicho término.

Así las cosas, tenemos puntualmente frente a su primer interrogante:

Este acto administrativo que liquida los derechos de carrera administrativa al funcionario en comisión de empleo de periodo tiene algún tipo de nulidad implícita o desconoce alguna norma por el hecho haberse emitido en favor del funcionario, sin tener en cuenta los tiempos máximos que establece artículo 26 de la ley 909 de 2004.

El Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene dentro de sus competencias resolver situaciones particulares, no es un órgano de control y tampoco tiene la facultad de pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades, competencia atribuida a los Jueces de la República; tampoco tiene dentro de sus funciones la de efectuar, revisar o, determinar derechos de los servidores públicos, por tanto, será la propia entidad pública, la facultada para atender la solicitud, dado que es quien conoce de manera detallada su relación laboral, y en tal sentido, es la llamada a absolver los planteamientos formulados, en caso de considerar que existe una violación de sus derechos de carrera administrativa, deberá acudir en primer lugar ante la comisión de personal de la entidad, en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o a la vía judicial.

Frente al segundo interrogante:

¿Genera algún derecho para el funcionario de carrera administrativa el acto administrativo de contenido particular mediante el cual se le confirió la comisión para ocupar un empleo de periodo?

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, "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"; de manera que, el acto administrativo que profiera la entidad concediendo una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo no tendría la posibilidad de modificar la norma.

Frente al tercer interrogante:

¿Hay alguna sanción para la administración municipal por otorgar una comisión para ocupar un empleo de periodo al funcionario de carrera excediendo los tiempos que establece el artículo 26 de la ley 909 de 2004?

Respecto de eventuales sanciones para las entidades públicas por la expedición de actos administrativos, no corresponde a esta entidad establecerlo, por lo que, será una materia que deberá ser definida por las autoridades competentes en la materia.

Frente al cuarto interrogante:

¿Puede la administración municipal resarcir su error de no verificar en la hoja de vida del funcionario de carrera a quien se le otorgó la comisión para ocupar un cargo de periodo, emitiendo un acto administrativo que declara la vacancia del cargo y por lo tanto la pérdida de los derechos de carrera de este funcionario?

Respecto de la expedición de actos administrativos por parte de las entidades públicas me permito reiterarle que, no corresponde a las competencias de este Departamento Administrativo pronunciarse sobre el particular, razón por la cual corresponderá a la autoridad nominadora definir que considere.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniel Herrera Figueroa

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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: 2024-12-11 18:47:34