



Función Pública

Concepto 71871 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000071871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000071871

Fecha: 07-03-2019 06:36 pm

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Prórroga de comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20192060032862 del 30 de enero de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es posible efectuar una prórroga de la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no tenemos competencia para pronunciarnos respecto de la legalidad de las decisiones adoptadas por la entidades en el manejo de la administración de su personal; así mismo, tampoco nos pronunciamos sobre situaciones particulares de los servidores públicos.

No obstante lo anterior, a manera de orientación, en relación con la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción, le informo que 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 al respecto 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. (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015¹, 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 regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.”

La Ley 909 de 2004, referenciada en el texto recién citado, señala:

“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.”

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 mérito¹⁵ 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 prórroga¹⁶.

Es de anotar que en el primero de los supuestos el empleado de carrera tiene un derecho y, en consecuencia, una vez enterado de su nombramiento o elección deberá elevar solicitud ante la entidad en la cual labora, por cuanto ésta no puede otorgar la comisión oficiosamente y se requiere, entonces, que el empleado en cuestión manifieste su intención de aceptar el nombramiento o elección, en tanto que tratándose de la segunda de las hipótesis reseñadas en el párrafo anterior, "el funcionario de carrera no tiene un derecho a que se le otorgue la comisión" y la entidad podrá concedérsela o negársela.¹⁷

(...).

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.

(...)

4.2.2.2. 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

(...)³⁰, 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.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado, la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción es una situación administrativa en la que se pueden encontrar los empleados de carrera administrativa, la cual se caracteriza por:

1. El empleado con derechos de carrera debe ser nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción, el cual no cambia su naturaleza por este hecho.
2. La comisión para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción tiene como única finalidad que el servidor conserve los derechos de carrera.
3. Se convierte en derecho para el servidor que se le otorgue la citada comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción cuando haya obtenido una evaluación del desempeño sobresaliente.
4. El término de la comisión la determina el nominador del empleo de carrera, toda vez que el nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción puede recaer en la misma entidad o en otra distinta.

El término está consagrado hasta por tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, prorrogables por otros tres (3) años, por una sola vez.

Es decir que la comisión puede otorgarse por un término inferior a los tres (3) años y la sumatoria de la comisión o comisiones no podrá ser nunca superior a los seis (6) años.

5. 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 declarado insubsistente, antes del vencimiento del término de la comisión, el servidor debe regresar o reasumir nuevamente el empleo de carrera administrativa del cual es titular.

6. Una vez finalizado el término de la comisión o cumplida una de las condiciones antes señaladas el empleado deberá regresar a su cargo, de no hacerlo la entidad deberá declarar la vacancia del empleo de carrera y lo debe proveer en los términos que señale la ley.

Si el empleado decide, una vez finalizado el tiempo para el cual fue otorgada la comisión, quedarse en el empleo de libre nombramiento y remoción deberá presentar renuncia al cargo de carrera, de lo contrario se declarará la vacancia del mismo.

Finalmente debe señalarse que, de acuerdo con lo dispone el artículo 41 de la ley 909 de 2004, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, es una de las causales de retiro de servicio y, por ende, de terminación de esta clase de nombramientos.

Conforme con lo anterior, en relación con el caso en consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción es un derecho cuando el empleado de carrera ha obtenido una calificación en el nivel sobresaliente. Si su evaluación está en el nivel satisfactorio, la concesión de esta comisión es facultativa de la entidad. La administración es quien decide el término por el cual se concede la comisión para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción, el cual no puede sobrepasar los 3 años. Así mismo, es su facultad efectuar o no la prórroga de la misma, haciendo la claridad que, terminado el término de la comisión, el empleado debe volver al cargo sobre el cual ostenta derechos de carrera administrativa.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

CISP/JFCA

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:06