Función Pública

# Concepto 237111 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

*20216000237111*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000237111

Fecha: 06/07/2021 04:42:05 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS – Comisión Empleo de Libre Nombramiento y Remoción. Radicado No. 20219000496572 de fecha 30 de junio de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: *Un empleado de Carrera Administrativa se le concedió comisión ordinaria para desempeñar en la misma entidad un cargo de Libre Nombramiento y Remoción por el término de 3 años y una vez culminada la comisión, asumió nuevamente el cargo respecto del cual ostenta derechos de carrera. Posterior a ello y transcurrido un año y medio, previo cumplimiento de requisitos, nuevamente se le concedió otra comisión en la misma entidad y se realizó un nuevo nombramiento para desempeñar el mismo cargo de libre Nombramiento y Remoción por el término de 3 años, los cuales culminan en el mes de julio de 2021. Mi pregunta es: ¿se le puede realizar prórroga al nombramiento vigente, por el término de 3 años, más?*; me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, es necesario señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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 es de nuestra competencia intervenir o definir situaciones particulares de las entidades, no obstante, haremos referencia de manera general sobre el tema planteado.

Al respecto, es necesario traer a colación 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, que frente a la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, dispone:

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.

En el Artículo 2.2.5.5.39 del Decreto 1083 de 2015[1] se establece lo siguiente respecto a la Comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo:

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.

Un empleado en carrera administrativa con una calificación sobresaliente en la evaluación de desempeño podrá otorgársele una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, mediante acto administrativo motivado, con el único fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera administrativa, esta comisión se regirá con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, es importante hacer alusión a lo dispuesto por 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[15] 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[16].*

*(…).*

*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.*

*4.2.2.1.3. La causal de retiro prevista en el Artículo 26 de la Ley 909 de 2004, el principio de legalidad y la libre voluntad del empleado*

*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.*

*Por lo demás, a propósito del debido proceso, es de interés destacar que la libre voluntad del empleado de carrera juega un importante papel tratándose de esta causal de retiro. Sobre el particular ya la Corte ha anotado que cuando el funcionario se posesiona en el cargo de libre*

*nombramiento y remoción, pese a no mediar la comisión respectiva, "acepta las consecuencias de su decisión" y, dentro de ellas, "la perdida de los derechos de carrera"[28], a lo cual cabe agregar que lo propio acontece cuando finaliza el término de seis (6) años en comisión y el empleado no asume su cargo de carrera, ya que conociendo la consecuencia que la ley dispone para esa eventualidad, no es desproporcionado ni irrazonable exigirle un mínimo de diligencia para definir su situación y, si no se reintegra, es factible entender que su decisión voluntaria es, precisamente, la de no reintegrarse y la de asumir las consecuencias de esa decisión, cosa que ha de entenderse, sin perjuicio de que, en garantía de su derecho al debido proceso, se le comunique la iniciación de las actuaciones orientadas a declarar vacante el cargo y a producir el retiro, a fin de que, según lo apuntado, tenga la oportunidad de controvertir las razones alegadas por entidad, que no pueden ser otras que la superación del lapso indicado en la ley y la circunstancia de no haber asumido su cargo de carrera.*

*La Corte no encuentra, entonces, motivos de inconstitucionalidad en el Artículo 26 de la Ley 909 de 2004, por lo que hace a los cargos fundados en la presunta violación del derecho al debido proceso.*

*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.*

*La razonabilidad de esta causal a la luz del derecho a la estabilidad resulta nítida si se tiene en cuenta que el término de seis años, al cabo de los cuales se le exige al empleado asumir su cargo de carrera, constituye una parte considerable de la vida laboral de una persona y es lógico, entonces, que si la carrera prevalece se busque asegurar que la mayor parte de ese desempeño se cumpla en el cargo que corresponda a este régimen y que, además, no se prolongue una situación de provisionalidad hasta el punto de hacer de la carrera un sistema excepcional, en forma contraria a sus principios y fines constitucionales.*

*No desconoce la Corte que el disfrute de una comisión corresponde a un derecho que el empleado obtiene en virtud de la calificación de su desempeño, pero es menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y, en criterio de la Corte, las condiciones establecidas en el examinado Artículo 26 son razonables, ya que permiten satisfacer el derecho a desempeñar en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción sin sacrificar los principios y fines constitucionales del régimen de carrera, al permitirle al empleado público retornar a su cargo luego de haber disfrutado seis años de comisión y al autorizar a la entidad a desvincularlo de ese cargo y a proveerlo definitivamente si, pasados los seis años, el empleado se abstiene de asumirlo. (…)" (Subrayado nuestro)*

Es así como la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Artículo 26 de la Ley 909 de 2007, deja claramente establecido que el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, inspirada en propósitos de interés general, 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; aspecto que conlleva a que sea menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y por tal razón, considera que las condiciones establecidas en dicha norma son razonables, ya que permiten satisfacer el derecho a desempeñar en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción sin sacrificar los principios y fines constitucionales del régimen de carrera, al permitirle al empleado público retornar a su cargo luego de haber disfrutado seis años de comisión y al autorizar a la entidad a desvincularlo de ese cargo y a proveerlo definitivamente si, pasados los seis años, el empleado se abstiene de asumirlo.

En consecuencia, el empleado público de carrera administrativa únicamente puede estar en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, por el término de seis (6) años, sean éstos 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 éste, con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa.

Es pertinente precisar que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, en Sentencia del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), declaró la nulidad del aparte del Artículo 1º del Decreto 2809 de 2010, que modificó el Artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, y que 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.

Así las cosas, para atender su consulta, esta Dirección Jurídica considera que, solo es procedente otorgar comisiones para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo por el termino máximo de seis (6) años, cabe recordar que estas pueden ser en periodos continuos o discontinuos, por lo cual, una vez cumplan los seis (6) años no podrá tener mas comisiones en dichos cargos; como se indico anteriormente, si el empleado desea permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción, deberá renunciar al cargo de carrera del cual es titular.

Finalmente, me permito indicarle que 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 imparte en los términos del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011[2].

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

---

*Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:26:30*