



Concepto 193241 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000193241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000193241

Fecha: 03/04/2024 02:54:53 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. COMISIÓN, RETIRO DEL SERVICIO. DECLARACIÓN DE VACANCIA DEFINITIVA - RADICADO: 20249000159402 del 21 de febrero de 2024.

"La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, dispone que los funcionarios de carrera administrativa que superen el plazo establecido para estar en comisión, perderán los derechos de carrera administrativa. No obstante, no se dice nada al respecto de cómo será el procedimiento para disponer de la pérdida del empleo, es decir, etapas, si el funcionario público tiene derecho a la defensa, si el procedimiento se debe manejar a través de las normas para los procesos administrativos sancionatorios de la ley 1437 de 2011. En ese sentido, solicito respetuosamente información sobre:

1. ¿El procedimiento para aplicar la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 es el establecido en la ley 1437 de 2011?

2. Si el funcionario público retorna a su cargo luego de haber superado el término de la comisión ¿cuánto tiempo tiene la entidad para dar trámite a la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004?

3. Existe caducidad o prescripción como límite a la aplicación de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004".

Al respecto la Ley 909 de 2004¹, 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. (...)"

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015², sobre el mismo tema, señala:

"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".

De conformidad con las normas trascritas, se considera que la Comisión opera como un derecho para el empleado de carrera cuando su evaluación del desempeño es sobresaliente; por consiguiente, tiene derecho a que la autoridad competente le otorgue Comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período; pero si la evaluación del desempeño es satisfactoria será facultativo de dicha autoridad concederle la respectiva comisión.

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 Repùblica 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 sobresepa 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 períodos 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.

(...)

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 fuera de texto)

Ahora bien, me permito citar nuevamente sus inquietudes para desarrollarlas una a una para un mejor entendido de las mismas:

1. ¿El procedimiento para aplicar la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 es el establecido en la ley 1437 de 2011?

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Artículo 26 de la Ley 909 de 2004, deja claramente establecido que el régimen de carrera está fundado en el mérito, 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 necesario fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa, 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; 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.

2. Si el funcionario público retorna a su cargo luego de haber superado el término de la comisión ¿cuánto tiempo tiene la entidad para dar trámite a la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004?

Se reitera frente a esta inquietud que, previo agotamiento de las garantías del debido proceso se dará el retiro del servidor, sin que la norma establezca término de caducidad para el inicio de la acción de retiro.

3. Existe caducidad o prescripción como límite a la aplicación de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

Se reitera lo expuesto en el punto anterior.

Para mayor 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 <http://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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

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"

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:25:33