



Función Pública

## Concepto 76571 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20136000076571\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000076571

Fecha: 20/05/2013 02:23:27 p.m.

Bogotá, D.C.

Ref.: Situaciones Administrativas. Comisión para ejercer empleo de Libre Nombramiento y Remoción. Término para reintegrarse al empleo del cual es titular el servidor. ER. 20132060050032.

Con respecto a la consulta formulada en su Comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

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 lo siguiente:

**ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO.** <Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible> 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. (Negrita y Subrayado fuera del Texto).

Respecto de la constitucionalidad de este artículo, la Corte Constitucional en Sentencia C-175 del 14 de marzo de 2007, consideró:

### 4.1.3. El legislador y las causales de retiro de la carrera administrativa

Sobre ese particular, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las causales expresamente mencionadas en el artículo 125 superior, esto es, la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario, se refieren a la conducta del funcionario,

que en relación con estas formas de retiro el legislador cuenta "con una potestad de configuración amplia" y que, en virtud de expresa previsión constitucional, a ellas se añaden "las demás causales previstas en la Constitución o en la ley"<sup>13</sup>.

Estas otras causales bien pueden obedecer a factores ajenos a la conducta del funcionario de carrera y, en cuanto hace a la facultades del legislador, es evidente que éste tiene a su alcance la posibilidad de "regular y estructurar causales de retiro adicionales a las señaladas en el artículo 125 constitucional, no necesariamente relacionadas con la evaluación del desempeño o con la violación del régimen disciplinario", tal como sucede, por ejemplo, con el retiro causado a consecuencia de la fusión o liquidación de las entidades públicas y de la consiguiente supresión de cargos, con la desvinculación de los funcionarios de carrera que han llegado a la edad de retiro forzoso, con la desvinculación de aquellos que se posesionan en cargos de libre nombramiento o remoción sin haber obtenido la comisión respectiva o que, al término de los periodos de comisión legalmente autorizados, no retornen al ejercicio del cargo de carrera que les corresponde<sup>14</sup>.

Desde esta perspectiva no le asiste razón a los demandantes cuando consideran que la causal de desvinculación de la carrera administrativa, a la cual alude el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 es inconstitucional por no aparecer expresamente mencionada en el artículo 125 de la Carta, ya que, si bien es cierto que falta esa mención, no lo es menos que en la disposición constitucional invocada se le confiere facultad al legislador para introducir otras causales de retiro y, en esa medida, 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.

(...)

Ciertamente, la ausencia del carácter disciplinario y sancionador de la causal de desvinculación de la carrera administrativa regulada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 torna más evidente la ausencia de un procedimiento específico para su aplicación y, aunque los actores tienen razón al echar de menos ese procedimiento, no es cierto que la aplicación automática de la causal conduzca de modo inexorable a la vulneración del debido proceso.

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.

Al examinar la constitucionalidad de la potestad anterior este Tribunal declaró que, por expreso mandato del artículo 29 de la Carta, el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e indicó que la declaración de vacancia y el consecuente retiro requieren de la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, precedido del procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo que impone comunicarle al empleado la actuación iniciada de oficio, "para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas"<sup>15</sup>.

La Corte hizo énfasis en la importancia de estas garantías propias del debido proceso tratándose de la desvinculación de empleados de carrera y, dada la trascendencia de la medida a adoptar que comporta la separación del cargo, insistió en la necesidad de motivar en forma suficiente y adecuada la decisión, así como en la urgencia de garantizar el debido proceso antes de la expedición del acto respectivo, pues "los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso"<sup>16</sup>.

A juicio de la Corporación, aunque la causal de retiro examinada en esa oportunidad no es de índole disciplinaria ni comporta la imposición de una sanción, esto no implica que se puedan negar las garantías previas inherentes al debido proceso<sup>17</sup> y, por lo tanto, el carácter automático que, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 tiene la aplicación de la causal de retiro allí prevista, no riñe con las exigencias del debido proceso que deben satisfacerse antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se declare la vacancia y se decida sobre la desvinculación. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, el retiro del que trata el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 909 de 2004 podrá realizarse siempre que se cumpla con las garantías del debido proceso contenidas en la Constitución Política.

Finalmente, en relación con sus preguntas puntuales, tenemos:

1. Señala la norma que 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; es decir que tan pronto se presenten las circunstancias señaladas el empleado deberá regresar al empleo del cual es titular.

2. No establece la disposición que la entidad en la cual el servidor es titular del empleo de carrera, deba expedir Acto Administrativo que autorice el reintegro; por lo que se considera que automáticamente debe habilitarse el empleo para ser provisto nuevamente por el servidor que se encontraba en comisión.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Maia Borja/CPHL/GCJ-601/ER. 5003-13.

Código: F 003 G 001 PR GD V 2

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:35:04