



Función Pública

Concepto 237881 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000237881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000237881

Fecha: 07/07/2021 08:44:17 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. vacaciones. RAD. 20219000488262 del 24 de junio de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta, la viabilidad de solicitar el disfrute de las vacaciones en la entidad en la que se encuentra en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Frente a la figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, la Ley 909 de 2004, 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.

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”.

De acuerdo con esta norma, los empleados con derechos de carrera pueden ser comisionados para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período en los cuales hayan sido nombrados o elegidos; una vez finalizado el término de duración de la comisión fijado en el acto administrativo que la contiene, el empleado deberá asumir el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera.

Esta comisión permite ejercer un nuevo cargo (libre nombramiento y remoción o período) sin perder la condición de empleado de carrera; sin embargo, el régimen de obligaciones, derechos, deberes, remuneración y de prestaciones sociales ya no será el que rige para el cargo del cual se es titular, sino el que se aplique para el cargo en el cual se encuentra comisionado.

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que, si un empleado de carrera administrativa es comisionado en un empleo de libre nombramiento y remoción, en la misma o en otra entidad, suspenderá la causación de derechos del empleo anterior y percibirá todos los beneficios del cargo de libre nombramiento y remoción en los términos consagrados en la Ley.

Ahora bien, respecto a las vacaciones en la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, le informamos que este Departamento Administrativo elevó consulta ante el Consejo de Estado¹, cuya respuesta se resume de la siguiente manera:

"6. Teniendo en cuenta que la comisión para ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción, consagrada en el artículo 26 de la ley 909 de 2004, no conlleva el retiro del servicio, ¿es viable acumular el tiempo laborado entre entidades con el fin de causar el derecho a las vacaciones?"

7. En el caso anterior, si el empleado tiene causados varios períodos de vacaciones en el momento de iniciar la comisión, y como esta situación no conlleva el retiro del empleado, ni se otorga por necesidades del servicio, no procediendo, por lo tanto, la compensación en dinero de tal derecho en los términos del artículo 20 del decreto 1045 de 1978, qué entidad lo debe reconocer con el fin de que éste no prescriba, ¿si se acude a la prórroga para un total de 6 años de comisión?"

"(...)"

3. El pago de las vacaciones en caso de comisión de servicios prevista en la ley 909 de 2004, artículo 26.

Pasa la Sala a referirse a la viabilidad de la acumulación de tiempo de servicio en caso de la comisión a que se refiere el artículo 26 de la ley 909 de 2004 del siguiente texto:

"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."

Esta norma permite que un empleado de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente o satisfactoria⁷ se le otorgue comisión hasta por tres años, continuos o discontinuos prorrogables hasta por un término igual, para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, en cuyo caso se asume este último cargo.

La comisión es una de las situaciones administrativas en las que puede encontrarse un empleado vinculado regularmente a la administración y puede ser otorgada para misiones especiales, estudios de capacitación, asistencia a eventos de interés para la administración, o para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en carrera, en las condiciones, términos y procedimientos que reglamente el gobierno.⁸ Expresamente está entonces prevista por el legislador la vigencia del vínculo laboral, y en consecuencia el empleado comisionado no tiene derecho al pago compensado de las vacaciones.

Con base en las anteriores consideraciones, La Sala responde:

1. Cuando se produce el retiro de un servidor de una entidad, debe procederse al pago de la compensación en dinero de las vacaciones en forma proporcional al tiempo laborado. Por tanto, no es viable acceder a la petición del servidor que solicite que no se le compensen en dinero por continuar vinculado a otra entidad del Estado.

2. y 3. Dado que al retiro de un servidor, lo que procede es la compensación en dinero de las vacaciones, no se dan las hipótesis de estas preguntas.

4. y 5. En el caso del pago proporcional de las vacaciones por retiro del servidor, no es factible dar aplicación al artículo 10 del decreto 1045 de 1978 y, en consecuencia, en la nueva entidad a partir de la posesión se empieza a contar el tiempo para obtener el derecho a las vacaciones

6. Efectivamente, dado que el vínculo laboral se mantiene vigente en la situación administrativa denominada comisión de servicios, es viable acumular el tiempo de acuerdo con las normas generales sobre el derecho a las vacaciones.

7. La entidad en la que se preste el servicio, sea por nombramiento o en comisión, es la competente para conceder y pagar las vacaciones, según las reglas generales, respetando las normas sobre acumulación de vacaciones para evitar su prescripción. (subrayas fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, durante la comisión para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción el empleado no rompe el vínculo laboral con la entidad en la cual se encuentra el empleo del cual es titular, en consecuencia, resulta viable la acumulación de tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales y, por lo tanto, la entidad en la que se preste el servicio al momento de obtener el derecho es la competente para conceder y pagar las prestaciones sociales que se causen en dicha entidad.

En ese sentido, haciendo una interpretación armónica del concepto del Consejo de Estado se considera que la afirmación “La entidad en la que se preste el servicio” hace referencia a la entidad donde se consolide el derecho.

Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad en la que se preste el servicio al momento de obtener el derecho repita contra la anterior entidad, por el tiempo que laboró en la misma.

No obstante, es necesario aclarar que cuando ocurre el retiro del cargo del empleo de libre nombramiento y remoción en el cual el empleado se encuentra nombrado, mediando la comisión respectiva para salvaguardar sus derechos de carrera, procederá el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales, entre ellas las vacaciones, con base en el sueldo que devengaba en dicho cargo. Lo anterior dado que allí sí ocurre un retiro efectivo del servicio respecto al empleo de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera procedente que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio, entidad en la que se encuentra desempeñando comisión en empleo de Libre Nombramiento y Remoción efectúe el reconocimiento de las vacaciones causadas.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link /eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: María Tello

Revisó: José Ceballos

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"

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:14:52