



Función Pública

Concepto 386921 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000386921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000386921

Fecha: 05/11/2021 01:04:58 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - Comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20212060639352 del 24 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual expone que en un establecimiento público del orden nacional el día 11 de marzo de 2021, se vincula mediante nombramiento ordinario a una servidor para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto Ley 1042 de 1978, y el artículo 7° del Decreto 304 de 2020, al funcionario se le liquida y paga de forma proporcional la prima de servicios por la prestación del servicio hasta el 30 de junio de 2021, sin embargo, con fecha del 19 de agosto de 2021, el establecimiento público donde se encontraba prestando servicios el empleado expide certificación de los periodos reconocidos y manifiesta que el reconocimiento y pago por prima de servicios del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2021 al 10 de marzo de 2021, corresponde a la entidad en donde se encuentra actualmente laborando; consultando lo siguiente:

“Existe o no solución de continuidad en este caso.

A la fecha actual es pertinente y obligatorio realizar el pago por parte de la ESAP de lo proporcional por Prima de servicio (01/01/2021 a 10/03/2021).

Si es obligatorio el pago proporcional de la Prima de servicio (01/01/2021 a 10/03/2021), Qué acciones se deben tomar ante el SENA, teniendo en cuenta lo establecido en el Concepto 362391 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública que dice: “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.”

Como debe proceder la ESAP, ante el pago de las prestaciones sociales como prima de navidad, bonificación por servicios prestados y ante las vacaciones; por cuanto en la entidad y para estos casos de comisión sólo se reconoce desde el momento en que se vinculan”.

Me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, aunque en su consulta no relaciona que tipo de situación administrativa se otorgó al empleado en cuestión para ejercer mediante nombramiento ordinario un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, haciendo una interpretación se entenderá que se trata de una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción. En tal sentido, frente a esta figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, la Ley 909 de 2004, 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”.

De acuerdo con la norma transcrita, 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, y una vez finalizado el término de duración de la comisión fijado en el acto administrativo que la contiene, el empleado debe asumir el cargo respecto del cual ostenta derechos de carrera o presentar renuncia al mismo.

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 fue nombrado.

En este orden de ideas, 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.

Por lo tanto, y abordando su primer y segundo interrogante, es necesario informarle sobre la definición de la “no solución de continuidad” y la “solución de continuidad”, que en varios conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica se ha hecho referencia frente a estos, con lo siguiente:

“El significado del término “solución de continuidad”, que según el Diccionario de la Lengua Española Tomo II, se define como: Interrupción o falta de continuidad.

Quiere decir esto, que por solución de continuidad se entiende la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende “sin solución de continuidad”, cuando la prestación del servicio es continua, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.

Es así como, la «no solución de continuidad», se predica en aquellos casos en los cuales haya terminación del vínculo laboral con una entidad y una nueva vinculación en la misma entidad o el ingreso a otra, que debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones, salarios y beneficios laborales, disposición que a su vez establecerá el número de días de interrupción del vínculo

que no implicarán solución de continuidad.

De acuerdo con lo anterior, se considera que al ser la "no solución de continuidad" una situación excepcional, debe encontrarse expresamente prevista su procedencia."

(Subrayado fuera del texto original)

Así las cosas y para su caso en concreto, la norma es expresa al señalar que la "no solución de continuidad" es aquella en la que la prestación del servicio es continua, sin suspensión o ruptura de la relación laboral; y en el evento que un empleado se desvincule del empleo del cual es titular y posteriormente se vincule a otra entidad, no se constituirá la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación.

Ahora bien, es preciso advertir que la "no solución de continuidad" para el presente asunto deberá tratarse de una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción en una entidad cuyo régimen jurídico sea igual al empleo del cual es titular el empleado comisionado.

En tal sentido, en el artículo 1° de la Ley 119 de 1994, se dispuso que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entretanto, para la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, creada por el artículo 17 de la Ley 19 de 1958, es un establecimiento público del orden nacional de carácter universitario, adscrito a este Departamento Administrativo de la Función Pública.

1.2. Bajo esos términos y para dar respuesta a sus interrogantes, a un empleado titular de un empleo en el SENA, que se le otorgó comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la ESAP, no resulta viable acumular el tiempo de servicio en una y otra entidad para efectos del reconocimiento y pago de la prima de servicios, toda vez que se trata de dos regímenes jurídicos diferentes.

En virtud de estos presupuestos, y de acuerdo con lo dispuesto sobre el pago proporcional de la prima de servicios dispuesta en el artículo 7° del Decreto 961 de 2021 (Actual Decreto Salarial), se considera que la entidad en la cual se encuentra el empleado comisionado reconocerá este emolumento proporcionalmente al tiempo laborado, y para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2021 al 10 de marzo de 2021, le corresponderá a la entidad donde se encuentra el empleo del cual es titular.

Frente a esto último, y abordando su tercer interrogante, en el concepto al cual hace referencia con radicado de salida No: 20196000362391 del 21 de noviembre de 2021, se concluyó:

"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."

Como bien se expuso anteriormente, en el evento que se le otorgue a un empleado de carrera administrativa una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, la vinculación con el empleo en el cual ostenta la titularidad se encuentra vigente, y su cambio se encontrará en el régimen de obligaciones, derechos, deberes, remuneración y de prestaciones sociales, del cargo en el que fue comisionado. Sin embargo, y teniendo en cuenta que son entidades que cuentan con regímenes jurídicos diferentes, la anterior conclusión emitida por esta Dirección Jurídica no será de su aplicación, puesto que la prima de servicios del empleado será reconocida proporcionalmente al tiempo efectivamente laborado en la entidad del empleo del cual es titular, por una parte, y por otra, en la cual fue comisionado.

Por último, en relación a su siguiente interrogante, es importante mencionar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos.

No obstante, a lo anterior, y a modo de conclusión general, como se dejó expuesto, lo mismo ocurrirá para el reconocimiento y pago de forma proporcional en una y otra entidad de la prima de navidad, bonificación por servicios prestados y vacaciones, de acuerdo con el tiempo efectivamente laborado, teniendo en cuenta que se trata de regímenes jurídicos diferentes.

Finalmente, para más 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 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: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

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 el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones”.*

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:00