



Concepto 167451 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000167451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000167451

Fecha: 05/05/2022 11:34:10 a.m.

REF.: PRESTACIONES SOCIALES. Reconocimiento y pago de vacaciones, prima de vacaciones, bonificación de recreación y cesantías, de empleado de carrera en empleo de libre nombramiento y remoción otra entidad. REMUNERACIÓN. Pago de bonificación por servicios prestados y prima de servicios. RAD.: 20222060178072 del 27-04-2022.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual solicita aclaración en relación con los efectos de una comisión otorgada a un empleado de carrera para la liquidación y pago de vacaciones, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, cesantías, bonificación por servicios prestados y prima de servicios.

Al respecto se precisa que el régimen prestacional de los empleados de la Rama Ejecutiva de las entidades del orden nacional, están consagrados en el Decretos Ley 1045 y las demás normas que lo modifiquen adicionen o sustituyan.

Igualmente, el régimen salarial, tales como la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios de los empleados de las entidades del orden nacional, está consagrado en el Decreto-ley 1042 de 1978, y en los decretos salariales que expide el Gobierno nacional para cada vigencia fiscal, que para el año 2022 es el Decreto 473 de 2022.

En este orden de ideas, la Ley 995 del 10 de noviembre de 2005, "Por medio de la cual se reconoce la compensación en dinero de las vacaciones a los trabajadores del sector privado y a los empleados y trabajadores de la administración pública en sus diferentes órdenes y niveles", señala:

"ARTÍCULO 1°. "Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado." (Subrayado fuera del texto)

El Decreto 404 del 8 de febrero de 2006, "Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional", contempla:

"ARTICULO 1. "Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación." (Subrayado fuera del texto)

Frente al reconocimiento proporcional de las vacaciones, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación 1.848 del 15 de noviembre de 2007, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, consideró:

"1. Cuándo se produce el retiro de la entidad es obligación efectuar el pago proporcional de las vacaciones, o el empleado puede solicitar que no se le efectúe dicho pago porque va a continuar vinculado con la administración pública sin solución de continuidad? Es viable acceder a esta petición?

(...) La Sala responde:

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". (Subrayado fuera del texto)

A partir de la expedición de la Ley 995 de 2005 y el Decreto 404 de 2006, en concordancia con el Concepto emitido por el Consejo de Estado, las vacaciones, la prima de vacaciones y bonificación por recreación, se reconocerán de forma proporcional al tiempo laborado en la entidad, en caso de retiro del servicio, sin que sea necesario que el empleado haya cumplido el año de servicios.

En cuanto a la bonificación por servicios prestados de los empleados de las entidades del orden nacional, como en este caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto-ley 1042 y el artículo 10 del Decreto 473 de 2022, se reconoce y paga cada vez que el empleado cumpla un año de servicio y, el empleado que al momento del retiro no haya cumplido el año continuo de servicios, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de dicha bonificación.

En relación con el reconocimiento y pago de la prima de servicios, de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 473 de 2022, cuando a treinta (30) de junio de cada año el empleado no haya trabajado el año completo, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la prima de servicios, de que trata el artículo 58 del

Decreto-ley 1042 de 1978, al igual que cuando el empleado se retire del servicio.

Por otra parte, frente a la figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, 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, aplicable a los empleados de los municipios, 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."

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 debe asumir el cargo respecto del cual tenga 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, pero en todo lo demás existe un cambio de régimen jurídico. Quiere ello decir, que 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 previa la comisión.

Desde el momento mismo en que un empleado de carrera administrativa asume un cargo de libre nombramiento y remoción mediando una comisión, suspende la causación de derechos salariales y prestacionales del empleo del cual es titular y se hará beneficiario de todos los derechos del cargo de libre nombramiento y remoción en la forma que legalmente deban reconocerse.

En este orden de ideas, esta Dirección 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, como se manifestó, 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, conservando los derechos de carrera en el empleo del cual es titular, por el término de la comisión.

En relación con las vacaciones del empleado de carrera administrativa perteneciente al sistema general de carrera al cual se le otorgue una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, este Departamento Administrativo elevó consulta ante el Consejo de Estado¹, Corporación que al respecto consideró lo siguiente:

"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?"

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?"

"(...)"

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

Pasa la Sala al 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:

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.

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.

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

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. 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."

De conformidad con lo anterior, durante las comisiones, incluida la comisión para desempeñar un empleo 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, razón por la cual no procede el reconocimiento y pago proporcional o la compensación de las vacaciones, de la prima de vacaciones y la bonificación especial de recreación por parte de la entidad donde el servidor ostenta derechos de carrera.

En consecuencia, en la comisión otorgada a los empleados públicos regidos por el sistema general de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción en otra entidad, resulta viable la acumulación de tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de vacaciones, prima de vacaciones y bonificación de recreación, y por lo tanto, la entidad en la que se preste el servicio al momento de causarse el derecho al disfrute de un año de servicios- es la competente para conceder y pagar dichas prestaciones.

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, en este caso.

Así mismo, se considera que lo expresado por el Consejo de Estado en relación con las vacaciones del empleado de carrera perteneciente al sistema general de carrera cuando se le otorgue una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, es viable extender su aplicación en relación con los demás factores prestacionales y salariales a los cuales se refiere, tales como bonificación por servicios prestados y prima de servicios; frente a los cuales, procedería la acumulación de tiempo de servicios para su reconocimiento y pago.

No obstante, se considera que lo expresado por el Consejo de Estado no aplicaría a las cesantías, por cuanto mensualmente las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor de los factores salariales que constituyen base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior; y durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniendo en cuenta los dos últimos números del NIT para fijar fechas de pago (Art. 6, Ley 432 de 1998).

No obstante, deberá tenerse en cuenta que cuando ocurre el retiro del cargo del empleo de libre nombramiento y remoción en el cual el empleado se encuentra nombrado, mediante la comisión respectiva para salvaguardar sus derechos de carrera, procederá el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales con base en el sueldo que devengaba en dicho cargo y por todo el tiempo laborado en la mencionada entidad. Lo anterior dado que allí si ocurre un retiro efectivo del servicio respecto al empleo de libre nombramiento y remoción.

Con fundamento en lo expuesto se procede a absolver las consultas planteadas así:

1.- Respecto a la consulta sobre cómo se le deben pagar las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación especial de recreación del empleado que previo el otorgamiento de una comisión se desempeña en un cargo de libre nombramiento y remoción, se precisa que, de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, en la comisión otorgada a los empleados públicos regidos por el sistema general de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción en otra entidad, resulta viable la acumulación de tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de vacaciones, prima de vacaciones y bonificación de recreación, y por lo tanto, la entidad en la que se preste el servicio al momento de causarse el derecho al disfrute de un año de servicios- es la competente para conceder y pagar dichas prestaciones, en este caso el Departamento Administrativo de la Función Pública, y el reconocimiento y pago procede con base en los correspondientes factores salariales del respectivo empleo de libre nombramiento y remoción que el empleado está desempeñando.

Igualmente, es la entidad en la cual el empleado ejerce el empleo de libre nombramiento y remoción, previo el otorgamiento de comisión, la que está facultada para autorizar el disfrute de las vacaciones causadas y pendientes de disfrutar, para evitar su prescripción, en consecuencia se reconocerán y pagarán con la remuneración del empleo de libre nombramiento y remoción que el servidor está desempeñando.

2.- En cuanto a la consulta sobre el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados del empleado de carrera administrativa que, previo el otorgamiento de una comisión ejerce un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, se precisa que, el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados en las entidades del orden nacional, procede cada vez que el servidor cumple un año de servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto-ley 1042 de 1978, y cuando el empleado al momento del retiro no haya cumplido el año continuo de servicios, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la bonificación por servicios prestados, según lo señalado en el artículo 10 del Decreto 473 de 2022, por consiguiente, en este caso opera la acumulación de tiempos de servicios para el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados a cargo de la entidad en la cual el empleado ejerce el empleo de libre nombramiento y remoción, en este caso el Departamento Administrativo de la Función Pública, con base en los correspondientes factores salariales del respectivo empleo de libre nombramiento y remoción que está ejerciendo.

3.- Respecto a la consulta sobre el reconocimiento y pago de la prima de servicios del empleado de carrera administrativa que, previo el otorgamiento de una comisión ejerce un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, se precisa que, de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 473 de 2022, cuando a treinta (30) de junio de cada año el empleado no haya trabajado el año completo, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la prima de servicios, de que trata el artículo 58 del Decreto-ley 1042 de 1978, al igual que cuando el empleado se retire del servicio; por consiguiente, en este caso opera la acumulación de tiempos de servicios para el reconocimiento y pago de la prima de servicios a cargo de la entidad en la cual el empleado ejerce el empleo de libre nombramiento y remoción, en este caso el Departamento Administrativo de la Función Pública, con base en los correspondientes factores salariales del respectivo empleo de libre nombramiento y remoción que está ejerciendo.

4.- En cuanto a la consulta sobre el reconocimiento y pago de cesantías del empleado de carrera administrativa que, previo el otorgamiento de una comisión ejerce un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, se precisa que, lo expresado por el Consejo de Estado no aplicaría a las cesantías, por cuanto mensualmente las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor de los factores salariales que constituyen base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior; y durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniendo en cuenta los dos últimos números del NIT para fijar fechas de pago (Art. 6, Ley 432 de 1998).

Por último, esta Dirección Jurídica considera pertinente que, se deberá tener en cuenta que cuando ocurre el retiro del cargo del empleo de libre nombramiento y remoción en el cual el empleado se encuentra nombrado, mediante la comisión respectiva para salvaguardar sus derechos de carrera, procederá el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales con base en el sueldo que devengaba en dicho cargo y por todo el tiempo laborado en la mencionada entidad. Lo anterior dado que allí si ocurre un retiro efectivo del servicio respecto al empleo de libre nombramiento y remoción.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página webwww.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 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

Elaboró: Pedro Pablo Hernández Vergara

Revisó: Harold I. Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Radicación 1.848 del 15 de noviembre de 2007, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:00:17