



Concepto 108941 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Radicado No.: 20236000108941

Fecha: 15/03/2023 01:20:02 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. PRESTACIONES SOCIALES. Liquidación de Prestaciones Sociales. Comisión en empleo de Libre Nombramiento y Remoción. RADICACIÓN. 20239000104422 de fecha 15 de febrero de 2023 y 20232060131052 de fecha 28 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si servidora con derechos de carrera que estuvo desempeñando comisión en empleo de libre nombramiento y remoción, tiene derecho a que se le liquiden las prestaciones sociales que causó durante dicho periodo antes de retornar a su empleo de carrera, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante señalar que en virtud del Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no tiene dentro de sus competencias resolver situaciones particulares, no es un órgano de control y tampoco tiene la facultad de pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades, competencia atribuida a los jueces de la República; tampoco tiene dentro de sus funciones la de efectuar liquidaciones de elementos salariales y prestacionales ni elaborar, revisar, o determinar cuál es la fórmula de liquidación de las mismas.

Ahora bien, sobre la consulta presentada tenemos que 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 la norma transcrita se puede evidenciar, que el otorgamiento de comisión al empleado de carrera para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período en los cuales hayan sido nombrados, en la misma entidad o en otra, y conservar los derechos de carrera en el empleo del cual es titular, constituye un derecho cuando la evaluación del desempeño es

sobresaliente, y su término será hasta por tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogada hasta por un término igual, sin que en ningún caso la comisión o la suma de ellas pueda ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera en forma automática. El otorgamiento de esta comisión a empleados con evaluación del desempeño satisfactoria será facultativo del nominador, pero será en los mismos términos.

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 lo contrario, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva, informando a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Al posesionarse el empleado de carrera en un empleo de libre nombramiento y remoción o período, previo el otorgamiento de una comisión, se produce un cambio de régimen jurídico; por cuanto 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 con derechos de carrera, sino el que se aplique para el cargo de libre nombramiento y remoción o de período en el cual ha sido nombrado y posesionado, suspendiéndose desde la fecha de la posesión en uno de estos cargos, la causación de derechos salariales y prestacionales respecto del empleo de carrera.

Ahora bien, para el caso materia de consulta, es necesario acotar, que la liquidación definitiva de las prestaciones sociales de los servidores públicos tiene lugar en términos generales, cuando se produce el retiro definitivo del servicio en la respectiva entidad en la cual viene laborando, de tal forma que si el empleado de carrera es nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción en una entidad distinta a la que pertenece su cargo de carrera administrativa, previo el otorgamiento de una comisión conforme a lo dispuesto en el Artículo 26 de la Ley 909 de 2004, al ser retirado en forma definitiva del cargo de libre nombramiento y remoción, independientemente de su reintegro al cargo de carrera del cual es titular, procederá la liquidación de sus prestaciones sociales en forma definitiva por el tiempo que estuvo desempeñándose en el respectivo empleo de libre nombramiento y remoción, y su pago estará a cargo de la respectiva entidad de la cual es retirado.

Esta Dirección Jurídica ha sido consistente en manifestar que, al finalizar una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, la administración debe liquidar y pagar la totalidad de prestaciones sociales del servidor público, incluidas las vacaciones, al considerar que la terminación de una comisión en un empleo de libre se considera retiro efectivo de ese empleo.

Lo anterior se justifica si se tiene en cuenta que tanto las vacaciones como la bonificación por servicios prestados contemplan su pago proporcional², en consecuencia, cuando una prestación social o elemento salarial contempla su pago proporcional, es pertinente que la administración las liquide y pague al momento de finalizar la relación laboral o en el presente caso cuando termine la comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción.

En ese sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al considerar:

“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 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”.

Con fundamento en lo expuesto, en el presente caso, independientemente de que el empleado se reintegre a su cargo de carrera administrativa, la entidad, en la cual estuvo ejerciendo el cargo de libre nombramiento y remoción, está en la obligación de reconocer y pagar en forma definitiva la liquidación de sus prestaciones sociales, al retiro definitivo de dicho cargo, por todo el tiempo que estuvo vinculado en el mismo.

Ahora bien, con respecto a la continuidad en el reconocimiento y pago de los elementos salariales y de las prestaciones sociales, es importante anotar que el Diccionario de la Lengua Española Tomo II, define SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD 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.

Por el contrario, no existe continuidad en el servicio o se puede interrumpir en eventos tales como los siguientes:

Cuando se establece un servicio discontinuo, o sea el que realiza el empleado público bajo una misma relación laboral pero con suspensiones o interrupciones en la labora, autorizadas por la ley, como el caso de licencias, servicio militar y otras situaciones similares, sin que haya terminación del vínculo.

También se pierde la continuidad cuando transcurre un intervalo sin relación laboral y por disposición legal no puede acumularse el tiempo servido entre una y otra entidad o sea existiendo solución de continuidad.

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, y 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 señalado, teniendo en cuenta que la solución de continuidad únicamente se encontraba en nuestro sistema legal para el reconocimiento de las vacaciones, en el artículo 10 del decreto 1045 de 1978, norma que fue estudiada por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de noviembre 15 de 2007 y en el cual señaló lo siguiente:

"La figura de la "no solución de continuidad", descrita en el artículo 10 del decreto 1045 de 1978, tuvo aplicación en nuestro sistema por cuanto no existía norma que permitiera el pago proporcional de las vacaciones y de la prima de vacaciones de los empleados públicos al momento de su retiro de una entidad estatal con el fin de que no perdiera ese tiempo de servicios. Con la expedición de la Ley 955 de 2005 y el decreto 404 de 2006, que incorporaron al sistema laboral administrativo el pago proporcional de dichas prestaciones, pierde vigencia dicha disposición." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se considera que al ser la "no solución de continuidad" una situación excepcional, debe encontrarse expresamente prevista su procedencia, razón por la cual, al perder vigencia, actualmente no es posible aplicar esa figura.

No obstante, esta dirección jurídica ha considerado viable que la liquidación de los elementos salariales y prestacionales se realiza cuando el empleado público se retira efectivamente de la entidad, en ese sentido, se considera que la relación laboral del empleado público que renuncia a su empleo y se posesiona inmediatamente en otro cargo en la misma entidad, no sufre interrupciones y por lo tanto el tiempo de servicios será acumulado para todos los efectos.

Así las cosas, si el empleado continúa prestando sus servicios en la misma administración sin que se produzca retiro efectivo de la entidad, no resulta viable que la administración realice la liquidación de los elementos salariales y prestacionales del cargo que ocupaba, sino que éstas se acumulan y se reconocerán al momento de su causación en el nuevo empleo, salvo que haya un cambio de asignación salarial (siendo menor la del nuevo empleo), toda vez que por principio de favorabilidad, será necesario hacer la liquidación respectiva.

Por lo tanto y para dar respuesta a su consulta, teniendo en cuenta los hechos narrados en la misma, la peticionaria se encontraba en comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, luego regresa a su empleo de carrera y si en este caso de deben liquidar los elementos salariales y prestacionales, tenemos que estos serán liquidados de forma proporcional al finalizar la comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, siempre que la asignación en su empleo de carrera sea menor a la del empleo de libre. En ese caso y en consecuencia, se tendrá como nueva fecha aquella en la que el peticionario asumió nuevamente el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera administrativa.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:36:24