Función Pública

Concepto 40561 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000040561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000040561

Fecha: 12-02-2019 03:29 pm

BogotÃ¡ D.C.

REFERENCIA: REMUNERACIÃ□N. Reconocimiento y pago de elementos salariales y prestacionales cuando el empleado estÃ¡ en comisiÃ³n para desempeÃ±ar empleo de libre nombramiento y remociÃ³n. RADICADO: 20199000002942 del 4 de enero de 2019

En atenciÃ³n a la comunicaciÃ³n de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo pÃºblico, la carrera administrativa, gerencia pÃºblica y se dictan otras disposiciones" sobre la comisiÃ³n para desempeÃ±ar empleos de libre nombramiento y remociÃ³n o de perÃodo, seÃ±ala:

"ARTÃ□CULO 26. ComisiÃ³n para desempeÃ±ar empleos de libre nombramiento y remociÃ³n o de perÃodo. Los empleados de carrera con evaluaciÃ³n del desempeÃ±o sobresaliente, tendrÃ¡n derecho a que se les otorgue comisiÃ³n hasta por el tÃ©rmino de tres (3) aÃ±os, en perÃodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un tÃ©rmino igual, para desempeÃ±ar empleos de libre nombramiento y remociÃ³n o por el tÃ©rmino correspondiente cuando se trate de empleos de perÃodo, 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 comisiÃ³n o la suma de ellas no podrÃ¡ ser superior a seis (6) aÃ±os, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automÃ¡tica."

AsÃ mismo, el artÃculo 2.2.5.5.39 del Decreto 1083 de 2015, establece:

ARTÃ□CULO 2.2.5.5.39 *ComisiÃ³n para desempeÃ±ar empleos de libre nombramiento y remociÃ³n o de periodo.* Cuando un empleado de carrera con evaluaciÃ³n anual del desempeÃ±o sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remociÃ³n o de perÃodo, tendrÃ¡ derecho a que el jefe de la entidad a la cual estÃ© vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisiÃ³n para el ejercicio del empleo, con el Ãºnico fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

La comisiÃ³n para desempeÃ±ar un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n o periodo se regirÃ¡ por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demÃ¡s disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Conforme a la normativa citada, los empleados con derechos de carrera pueden ser comisionados para desempeÃ±ar empleos de libre nombramiento y remociÃ³n o de perÃodo en los cuales hayan sido nombrados o elegidos; una vez finalizado el termino de duraciÃ³n de la comisiÃ³n, fijado en el acto administrativo que la contiene, el empleado debe asumir el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentar renuncia al mismo.

Esta comisiÃ³n permite ejercer un nuevo cargo (libre nombramiento y remociÃ³n o perÃodo) sin perder la condiciÃ³n de empleado de carrera, pero en todo lo demÃ¡s existe un cambio de rÃ©gimen jurÃdico. Quiere ello decir, que el rÃ©gimen de obligaciones, derechos, deberes, remuneraciÃ³n y de prestaciones sociales ya no serÃ¡ el que rige para el cargo del cual se es titular, sino el que se aplique para el cargo en el cual fue nombrado.

Desde el momento mismo en que un empleado de carrera administrativa asume un cargo de libre nombramiento y remociÃ³n mediando una comisiÃ³n, suspende la causaciÃ³n de derechos salariales y prestacionales del empleo del cual es titular y se harÃ¡ beneficiario de todos los derechos del cargo de libre nombramiento y remociÃ³n en la forma que legalmente deban reconocerse.

En este orden de ideas, esta DirecciÃ³n considera que si un empleado de carrera administrativa es comisionado en un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n, en la misma o en otra entidad, como se manifestÃ³, suspenderÃ¡ la causaciÃ³n de derechos del empleo anterior y percibirÃ¡ todos los beneficios del cargo de libre nombramiento y remociÃ³n en los tÃ©rminos consagrados en la Ley.

En relaciÃ³n con las vacaciones en la comisiÃ³n para desempeÃ±ar un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n, le informamos que este Departamento Administrativo elevÃ³ consulta ante el Consejo de Estado[1], CorporaciÃ³n que considerÃ³ respecto de la aplicaciÃ³n de la figura en la comisiÃ³n para ejercer empleos de libre nombramiento y remociÃ³n, lo siguiente:

"6. Teniendo en cuenta que la comisiÃ³n para ejercer un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n, consagrada en el artÃculo 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 perÃodos de vacaciones en el momento de iniciar la comisiÃ³n, y como esta situaciÃ³n no conlleva el retiro del empleado, ni se otorga por necesidades del servicio, no procediendo, por lo tanto, la compensaciÃ³n en dinero de tal derecho en los tÃ©rminos del artÃculo 20 del decreto 1045 de 1978, quÃ© entidad lo debe reconocer con el fin de que Ã©ste no prescriba, si se acude a la prÃ³rroga para un total de 6 aÃ±os de comisiÃ³n?"

"(…)"

3. El pago de las vacaciones en caso de comisiÃ³n de servicios prevista en la ley 909 de 2004, artÃculo 26.

Pasa la Sala a referirse a la viabilidad de la acumulaciÃ³n de tiempo de servicio en caso de la comisiÃ³n a que se refiere el artÃculo 26 de la ley 909 de 2004 del siguiente texto:

[…]

Esta norma permite que un empleado de carrera con evaluaciÃ³n de desempeÃ±o sobresaliente o satisfactoria[7] se le otorgue comisiÃ³n hasta por tres aÃ±os, continuos o discontinuos prorrogables hasta por un tÃ©rmino igual, para desempeÃ±ar cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, en cuyo caso se asume este Ãºltimo cargo.

La comisiÃ³n es una de las situaciones administrativas en las que puede encontrarse un empleado vinculado regularmente a la administraciÃ³n y

puede ser otorgada para misiones especiales, estudios de capacitaciÃ³n, asistencia a eventos de interÃ©s para la administraciÃ³n, o para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n cuando la comisiÃ³n recaiga en un funcionario escalafonado en carrera, en las condiciones, tÃ©rminos y procedimientos que reglamente el gobierno.[8] Expresamente estÃ¡ entonces prevista por el legislador la vigencia del vÃnculo 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 compensaciÃ³n en dinero de las vacaciones en forma proporcional al tiempo laborado. Por tanto, no es viable acceder a la peticiÃ³n 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 compensaciÃ³n en dinero de las vacaciones, no se dan las hipÃ³tesis de estas preguntas.

4. y 5. En el caso del pago proporcional de las vacaciones por retiro del servidor, no es factible dar aplicaciÃ³n al artÃculo 10 del decreto 1045 de 1978 y, en consecuencia, en la nueva entidad a partir de la posesiÃ³n se empieza a contar el tiempo para obtener el derecho a las vacaciones

6. Efectivamente, dado que el vÃnculo laboral se mantiene vigente en la situaciÃ³n administrativa denominada comisiÃ³n 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 comisiÃ³n, es la competente para conceder y pagar las vacaciones, segÃºn las reglas generales, respetando las normas sobre acumulaciÃ³n de vacaciones para evitar su prescripciÃ³n.”

De conformidad con lo anterior, durante las comisiones, incluida la comisiÃ³n para desempeÃ±ar un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n, el empleado no rompe el vÃnculo laboral con la entidad en la cual se encuentra el empleo del cual es titular, razÃ³n por la cual no procede el pago proporcional de las prestaciones sociales por parte de la entidad donde el servidor ostenta derechos de carrera.

En consecuencia, en la comisiÃ³n para ejercer empleos de libre nombramiento y remociÃ³n resulta viable la acumulaciÃ³n 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 interpretaciÃ³n armÃ³nica del concepto de Consejo de Estado se considera que la afirmaciÃ³n “La entidad en la que se preste el servicio” hace referencia a la entidad donde se consolide el derecho.

Lo anterior, sin perjuicio 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 laborÃ³ en la misma.

No obstante, deberÃ¡ tenerse en cuenta que cuando ocurre el retiro del cargo del empleo de libre nombramiento y remociÃ³n en el cual el empleado se encuentra nombrado, mediando la comisiÃ³n respectiva para salvaguardar sus derechos de carrera, procederÃ¡ el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales con base en el sueldo que devengaba en dicho cargo. Lo anterior dado que allÃ si ocurre un retiro efectivo del servicio respecto al empleo de libre nombramiento y remociÃ³n.

Para mayor informaciÃ³n relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la pÃ¡gina web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Â«Gestor NormativoÂ» donde podrÃ¡ consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta DirecciÃ³n JurÃdica.

El anterior concepto se emite en los tÃ©rminos establecidos en el artÃculo 28 del CÃ³digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la DirecciÃ³n JurÃdica

11602.8.4

R. GonzÃ¡lez

NOTAS DE PIE DE PÃGINA

1. RadicaciÃ³n 1.848 del 15 de noviembre de 2007, Consejero Ponente: Enrique JosÃ© Arboleda Perdomo.

Fecha y hora de creación: 2024-05-19 09:56:59