

CONCEPTO 18326 DE 2019

(agosto 22)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Bogotá D.C.

Señor

OSCAR JULIAN CASTAÑO BARRETO

Director Jurídico del SENA

Calle 57 No. 8 - 69

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Vacaciones de empleado de carrera comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción. Liquidación y pago de vacaciones y bonificación por servicios prestados en período de prueba. Radicado: 20192060260022 del 24 de julio de 2019.

Respetado señor, reciba un cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con el reconocimiento y pago de las vacaciones a una funcionada que ingreso a la entidad el 21 de junio de 2002 y ostenta derechos de carrera administrativa, se le otorgó una comisión para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad pública del nivel nacional desde el 27 de marzo de 2015, regresando al SENA el 1 de octubre de 2018, sin un solo día de interrupción en el servicio, por lo anterior, surgen los siguientes interrogantes:

- Cómo se deben computar en el SENA el tiempo para liquidar las vacaciones por este periodo.
- Se debe tener en cuenta el tiempo laborado en la otra entidad para efectos de contar la fecha de causación de las vacaciones.
- La entidad pública en donde desempeñó el cargo de libre nombramiento y remoción le canceló de manera proporcional por vacaciones del 21 de junio de 2013 al 21 de junio de 2019, debe en ese caso el SENA cancelar y conceder el descanso por este concepto, proporcionalmente a los 9 meses restantes.
- Cómo se debe contabilizar los tiempos para la liquidación y pago de las demás prestaciones sociales, incluidas las primas, se debe reconocer de manera proporcional al tiempo laborado en cada una de las entidades o esperar a completar el tiempo en el SENA para tener derecho a dichas prestaciones.

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle lo siguiente:

La figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, está prevista en el artículo [26](#) de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

«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.»

Así mismo, el artículo [2.2.5.5.39](#) del Decreto 1083 de 2015, consagra:

"ARTÍCULO [2.2.5.5.39](#). Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo, con el único fin de preservar los derechos inherentes a la carrera.

La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o período se registrará por lo dispuesto en la Ley [909](#) de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan”.

De tal manera que 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 ostente 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.

Desde el momento mismo en que un empleado de carrera administrativa asume un cargo de libre nombramiento y remoción mediante 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, 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.

En relación con 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 Estado<sup>(1)</sup>, Corporación que consideró respecto de la aplicación de la figura en la comisión para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción, 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?

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 satisfactoria<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> **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.»

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 de carrera del cual es titular, razón por la cual no procede el pago proporcional o la compensación en dinero de las vacaciones por parte de la entidad donde el servidor ostenta derechos de carrera.

En consecuencia, en la comisión para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción resulta viable la acumulación de tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de vacaciones, y por lo tanto, la entidad en la que se preste el servicio al momento de obtener el derecho al disfrute (un año de servicios) es la competente para conceder y pagar las vacaciones.

En ese sentido, haciendo una interpretación armónica del concepto de 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.

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. Lo anterior dado que allí si ocurre un retiro efectivo del servicio respecto al empleo de libre nombramiento y remoción.

El Decreto Ley 1045 de 1978, dispone:

**“Artículo 20 - de la compensación de vacaciones en dinero. - Las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:**

a.- Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año.

b.- **Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio** sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces”. (Negrita y Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, cuando se da el retiro de una entidad pública, resulta procedente el reconocimiento de las vacaciones de manera proporcional al tiempo efectivamente laborado; sin que resulte viable acumular el tiempo de servicios entre distintas entidades públicas, en cuanto a la compensación en dinero, la misma se deriva de las causales señaladas en el artículo 20 del Decreto Ley 1045 de 1978, dentro de las que se incluye el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, respecto al numeral 2 de su comunicación, relacionado con una funcionada que ingresó al ICBF el 8 de agosto de 2018 y aprobó el periodo de prueba en febrero de 2019, adquiriendo los derechos de carrera. Participó en la convocatoria 436 del SENA y ganó el concurso, razón por la cual el ICBF declaró la vacancia temporal del empleo desde el 04 de marzo de 2019, día en que se posesionó en el SENA, por lo cual la funcionada cumplirá su periodo de prueba en esta entidad el 04 de septiembre de 2019; se pregunta:

- En qué fecha adquiere la funcionaría el derecho al pago de la bonificación por servicios prestados.
- En qué fecha adquiere la funcionaría el derecho al pago de las vacaciones, y en qué proporción.
- Qué entidad o entidades deben pagar esa bonificación y las vacaciones, y en qué proporción.
- En caso de que el pago sea proporcional para las dos entidades, mediante cuál mecanismo debe el ICBF asumir su parte.

En relación con la liquidación de prestaciones sociales de un empleado que se encuentra en periodo de prueba en otra entidad 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.”, establece:

### «ARTÍCULO [31](#). Etapas del proceso de selección o concurso

El proceso de selección comprende:

(...)

3. Periodo de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso

será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional. » (Subrayado nuestro).

(...)

De conformidad con lo anterior, el empleado con derechos de carrera que se encuentra en periodo de prueba por haber superado un proceso de selección, conserva los derechos del empleo del cual es titular mientras supera el mismo.

En este orden de ideas, si un empleado se vincula en otra entidad por haber ganado un concurso, la entidad donde se encuentra vinculado actualmente deberá declarar la vacancia temporal del empleo del cual es titular con el fin de proveerlo temporalmente mediante encargo o nombramiento provisional. Lo anterior con el fin de conservarle sus derechos de carrera mientras supera el periodo de prueba y en caso de superarlo deberá renunciar al cargo de carrera, y la entidad debe proceder a reconocer y pagar las prestaciones causadas.

Por su parte, el artículo [2.2.3.26](#) del Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”, señala:

**ARTÍCULO [2.2.6.26](#) Nombramiento en ascenso.** Cuando un empleado con derechos de carrera supere un concurso será nombrado en ascenso en período de prueba por el término de seis (6) meses. Si supera este período satisfactoriamente le será actualizada su inscripción el registro público.

Mientras se produce la calificación del periodo de prueba, el cargo del cual es titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional, conforme con las reglas que regulan la materia.»

Por lo anterior, hasta tanto el empleado con derechos de carrera administrativa no supere el periodo de prueba para el cargo objeto de concurso en otra entidad pública, no se ha dado un retiro definitivo del servicio de la entidad en la cual se encuentra el empleo del cual es titular; es decir, no procede la liquidación de ningún elemento salarial y prestacional; una vez supera el concurso de ascenso, se desvincula totalmente de la primera entidad y continúa su vínculo con la nueva entidad.

Por lo anteriormente expuesto y para el caso en concreto, mientras el empleado se encuentre en periodo de prueba no procederá la liquidación de prestaciones sociales, hasta tanto este no supere dicho periodo; una vez superado este y exista retiro efectivo del servicio del empleo del cual es titular, se procederá al reconocimiento en forma proporcional en relación con el tiempo laborado en la primera entidad.

En ese sentido, las prestaciones sociales del empleado de carrera que es nombrado en período de prueba en otra entidad, se encontrarán en efecto suspensivo mientras es evaluado el período de prueba. Así las cosas, en el evento que el empleado público supere el período de prueba, deberá presentar su renuncia, caso en el cual la entidad procederá a liquidar y pagar las prestaciones sociales y elementos salariales a que haya lugar.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/evaen](http://www.funcionpublica.gov.co/evaen) el link <<Gestor Normativo>> donde 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

NOTA AL FINAL:

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



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

