**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 188881**

**17/08/2017**

Bogotá D. C.

**REF. PRESTACIONES SOCIALES.** Continuidad de tiempo de servicios cuando se otorga comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción frente al reconocimiento de vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de servicios? **RAD. 20172060166692** de fecha 4/07/2017

En atención a las consultas de la referencia, en la cual se consulta sobre el reconocimiento y pago de vacaciones y prima de servicios a un funcionario de carrera que viene en comisión de la Contraloría General de la Republica a la Contraloría Municipal de Palmira, me permito informarle lo siguiente:

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, así como 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.

Ahora bien, frente a la figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción el Decreto 268 de 2000 "*Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República"* establece que:

***ARTICULO 16. EMPLEADOS DE CARRERA EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.*** *Los empleados de carrera podrán desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción hasta por el término de tres (3) años, para los cuales hayan sido designados dentro de la Contraloría General de la República o en otras entidades del Estado. Finalizados los tres (3) años o el tiempo inferior a éste que corresponda, el empleado asumirá el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentará renuncia del mismo. De no cumplirse lo anterior, se declarará la vacancia del empleo y se proveerá en forma definitiva. Por el tiempo que dure la comisión podrá producirse nombramiento provisional respecto del cargo que ocupe quien ejerza el de libre nombramiento y remoción.*

Así las cosas la comisión permite ejercer un nuevo cargo 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 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.

1. 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[1], 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[7] 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:***

*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 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 para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción resulta viable la acumulación de tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación 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 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.

Ahora bien la misma Ley 106 de 1993, la Ley 106 de 1993 "*Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones*" en su artículo 150 sobre prestaciones sociales establece entre otros, que:

***ARTÍCULO 113º.- De las Prestaciones Sociales de los Empleados de la Contraloría General de la República.*** *Los empleados públicos de la Contraloría General de la República tendrán derecho a disfrutar,* ***además del régimen prestacional establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva del*** *poder público a nivel nacional, de las prestaciones que vienen disfrutando en virtud de normas anteriores, entre otros, a saber:*

*(…)*

*3. Bonificación Especial de Recreación*

*Los empleados de la Contraloría General de la República que adquieran el derecho a las vacaciones e inician el disfrute de las mismas dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a cinco (5) días de la remuneración mensual que les corresponda en el momento de causarlas. El valor de la presente bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.*

*NOTA: La bonificación especial de recreación fue creada para el personal de la Contraloría General de la República por medio del Decreto Extraordinario 453 de 1984, que en su artículo 10*

Por lo tanto deberá tenerse en cuanta que a efectos del reconocimiento de la bonificación de recreación se dará aplicación a lo estipulado en la norma que para su efecto contempla que el empleado de la contraloría que adquiere e inicia el disfrute de las vacaciones dentro del año civil de su causación tendrá derecho a la bonificación de 5 días.

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.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el caso planteado en su consulta se considera lo siguiente:

· Para las vacaciones por periodos causados de 2013-2014-2015-2016 y hasta antes del 21 de enero de 2016, la prima de vacaciones y la bonificación de recreación, por haber sido causados en la Contraloría General de la Nación, debieron reconocerse y disfrutarse en esta entidad.

No obstante, el concepto del Consejo de Estado indica que resulta viable reconocer los periodos acumulados en la entidad donde el servidor se encuentre comisionado cuando exista el riesgo de la prescripción.

· La fecha de ingreso no cambia respecto de la entidad en la cual desempeña el cargo de carrera (Contraloría General de la Nación), para efectos de continuar con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás factores salariales, como es el caso de las vacaciones, la prima de vacaciones, la bonificación especial de recreación, lo que significa que el pago proporcional de dichas prestaciones en la entidad donde se preste el servicio como titular del cargo de libre nombramiento y remoción (Contraloría Municipal de Palmira) no afecta su fecha de causación.

2. Respecto al reconocimiento y pago de la prima de servicios se debe tener en cuanta, que:

En relación al término de "no solución de continuidad" se considera que el sólo hecho de no transcurrir más de quince días entre el retiro del empleado y su nueva vinculación con la Administración, no faculta a esta última para que la reconozca para el pago de elementos de salario y prestaciones sociales, pues para que esta figura proceda deben darse los siguientes presupuestos:

§ Que en la nueva entidad a la que se vincule el empleado se aplique el mismo régimen salarial y prestacional que disfrutaba en la entidad que se retiró.

§ Que la no solución de continuidad se encuentre expresamente consagrada en la ley.

Por otra parte, el Consejo de Estado[2] en relación con la viabilidad de acumular el tiempo de servicio prestado entre la Rama ejecutiva y la Rama judicial, expresó:

*"…Respecto de las demás prestaciones sociales (las previstas para la Rama Ejecutiva Nacional en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, y 1045 de 1978, etcétera, y en regímenes especiales para la Rama Judicial, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, etcétera), el legislador ha conformado sistemas en los cuales cada uno conserva su especificidad o independencia**, a menos que exista norma especial de remisión** que permita extender beneficios del régimen especial al general, o viceversa. De ahí que no sea procedente la acumulación de tiempo servido entre uno y otro sistema, **con dicha salvedad**: **que la ley, por voluntad expresa, haya querido extender alguno o algunos beneficios, en favor por ejemplo de empleados oficiales que pasan de un organismo con régimen especial a un organismo con régimen general**.*

***De manera que las prestaciones sociales susceptibles de acumulación, lo son dentro del correspondiente régimen** - general o especial -, siempre que no haya solución de continuidad (en el régimen general se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad,*

*conforme al artículo 10 del decreto 1045/78);* ***no se admite entonces el cruce de beneficios, con excepción del caso de remisión expresa que haga la ley en favor de empleados oficiales.*** *Lo cual implica, cuando se produzca solución de continuidad o cambio de régimen, que deberá hacerse el corte de cuentas a que haya lugar.*

*"Hay también eventos en los cuales la ley especial remite como punto de referencia al régimen general, sin que los beneficios especiales que otorga se transmitan a los empleados oficiales que pasan al régimen general, por cuanto aquellos se entienden concedidos con exclusividad a servidores de la correspondiente institución de régimen especial y mientras permanezcan en ella…"*

*"Los tiempos servidos en organismos Estatales del nivel Nacional dotados de régimen prestacional especial (Contraloría, Registraduría, Rama Judicial, entre otros) en general no son acumulables con los tiempos servidos dentro de la Rama Ejecutiva Nacional, para efecto de liquidar prestaciones sociales;* ***se exceptúan los casos en que exista la pertinente norma legal de remisión en favor de determinados empleados públicos o de trabajadores Oficiales."***

*"De acuerdo con los principios que rigen la seguridad social integral, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la ley 100 de 1993 y los artículos 13 literal f) y 33 de ésta, es procedente jurídicamente acumular el tiempo de servicios de un empleado oficial de la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del estado Civil, la Rama Judicial o el subsector oficial de salud territorial con el tiempo de servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público, para efectos de liquidar pensiones por jubilación o vejez". (Negrita y subrayado fuera del texto).*

Así las cosas debe tenerse en cuanta que en la Contraloría General de la República la prima de servicios se rige por lo dispuesto en la Ley 106 de 1993, que al respecto señala:

**ARTÍCULO 113º.-** ***De las Prestaciones Sociales de los Empleados de la Contraloría General de la República.*** Los empleados públicos de la Contraloría General de la República tendrán derecho a disfrutar, además del régimen prestacional establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, de las prestaciones que vienen disfrutando en virtud de normas anteriores, entre otros, a saber:

**(..)**

*2. Prima de Servicio Anual*

*Los empleados de la Contraloría General de la República tienen derecho a una prima de servicio anual, equivalente al valor de un mes de remuneración mensual que se pagará en la segunda quincena del mes de junio. Esta se liquidará sobre el salario mensual devengado según el cargo y que estuviere vigente el 15 de junio del respectivo año.*

*Para tener derecho a percibir la prima anual de servicios se requiere que el empleado haya trabajado durante un año en la Contraloría General de la República. En caso contrario, se reconocerá a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios.*

*Esta prima no es incompatible con la prima de navidad que se cancela en el mes de diciembre conforme a las mismas prescripciones de la prima de servicio anual.*

*NOTA: Artículo 50 del Decreto 720 de 1978 se pagará en la segunda quincena del mes de junio. No es incompatible con la prima de navidad de que trata el Decreto 3135 de 1968. Artículo 12 del Decreto 3271 de 1979 fija factores de salario para su liquidación. Pago proporcional.*

(…)"

Mientras que la prima de servicio en las entidades del orden territorial, incluyendo las contralorías territoriales, se rige por el Decreto 2351 de 2014, "Por *el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial, donde se establece"*:

***ARTÍCULO 1°.*** *Todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las* ***Contralorías Territoriales****, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho, a partir de, 2015, a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978 en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan.*

***(…)***

***ARTÍCULO 2°.*** *La prima de servicios de que trata el presente decreto se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:*

*a) La asignación básica mensual correspondiente al cargo que desempeña el empleado al momento de su causación.*

*b) El auxilio de transporte.*

*e) El subsidio de alimentación.*

***PARÁGRAFO.*** *El auxilio de transporte y el subsidio de alimentación constituirán factor para la liquidación de la prima de servicios cuando el empleado los perciba.*

El Decreto 1042 de 1978 **"***Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones*", consagra:

***ARTÍCULO 58º.- La prima de servicio.*** *Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente* ***a quince días*** *de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.*

Conforme a las normas transcritas, se concluye que se trata de dos regímenes distintos, por cuanto la prima de servicios para los empleados de la Contraloría General de la

República está regulada en la Ley 106 de 1993, en tanto que la prima de servicios prestados de los empleados de las entidades del orden territorial se encuentra regulada en el Decreto 2351 de 2014, lo que significa que no es procedente la acumulación de tiempo por cuanto no se aplica la no solución de continuidad y, así las cosas, cada una de las entidades debe pagar proporcionalmente la prima de servicios por el tiempo laborado en cada una de ellas y de conformidad a los factores y monto establecido en cada una de las normas.

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,

**JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE**

**Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica**

**NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

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

2 En concepto del 9 de Marzo de 1997, radicación 944, con la Ponencia del Magistrado Javier Henao Hidrón.

*Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*