



Función Pública

Concepto 309611 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000309611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000309611

Fecha: 23/09/2019 10:00:31 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Prima de productividad. Reconocimiento parcial de la prima de productividad en la Fiscalía General de la Nación. Acto administrativo. Revocatoria. RADS. 20192060290002 del 16 de agosto de 2019 y 20192060230212 del 2 de julio de 2019.

En atención a las comunicaciones de la referencia, me permito dar alcance al concepto 20194000197911 del 17 de julio de 2019, dando respuesta a cada uno de sus interrogantes en los siguientes términos:

1. Primera pregunta:

¿Al no existir prevista la figura de la no solución para esta prestación, en qué momento se produce la solución de continuidad para la prima de productividad?

Con relación a la prima de productividad, el Decreto [2460](#) de 2006 establece:

“ARTÍCULO 1. Créase para los empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación una prima anual para mejorar la productividad, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual, pagadera en el mes de diciembre de cada año, la cual constituirá factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.

Igualmente, y en las mismas condiciones tendrán derecho a esta prima los empleados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

PARÁGRAFO. No tendrán derecho a esta prima los Magistrados de las Altas Cortes, los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, los funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les reconoce y paga la Bonificación de Gestión Judicial y la Bonificación de Actividad Judicial de que tratan los Decretos 4040 de 2004, 3131 de 2005 y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, y quienes estén percibiendo la Bonificación por Compensación, o la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3150 de 2005.”

A su vez, mediante el Decreto 3899 de 2008, "Por el cual se modifica el Decreto 2460 del 21 de julio de 2006, por el cual se crea una prima de productividad para los empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación", se estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 1°. La prima de productividad de que trata el decreto 2460 de 2006, que constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, se reconocerá y pagará así:

1. Para la vigencia 2008, esta prima será igual a diecisiete (17) días de la remuneración mensual, que se pagará en el mes de diciembre.
2. Para la vigencia 2009, esta prima será igual a veinticinco (25) días de la remuneración mensual, de los cuales cuatro (4) días se pagarán en el mes de junio y veintiuno (21) días en el mes de diciembre.
3. A partir de la vigencia de 2010, esta prima será igual a treinta (30) días de la remuneración mensual, de los cuales quince (15) días se pagarán en el mes de junio y quince (15) días en el mes de diciembre.

Igualmente, y en las mismas condiciones tendrán derecho a esta prima los empleados del Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses.

PARÁGRAFO. No tendrán derecho a esta prima los magistrados de las Altas Cortes, los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, los funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les reconoce y paga la Bonificación de Gestión Judicial y la Bonificación de Actividad Judicial de que tratan los Decretos 4040 de 2004, 3131 de 2005 y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, y quienes estén percibiendo la Bonificación por Compensación, o la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3150 de 2005.

ARTÍCULO 2°. Tendrán derecho al pago proporcional de esta prima quienes hayan prestado sus servicios, de manera continua o discontinua, por un lapso no inferior a tres (3) meses durante el respectivo semestre.

ARTÍCULO 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el Decreto 2460 de 2006 y demás normas que le sean contrarias y tendrá efectos fiscales en las vigencias señaladas en el artículo 1° del presente decreto." (Subrayado fuera de texto)

Tal como se observa, el Decreto 2460 de 2006 creó una prima anual para mejorar la productividad de los empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, incluyendo los empleados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual.

Ahora bien, el Decreto 3899 de 2008 condiciona el pago de la prima de productividad al hecho de no ser magistrado de las Altas Cortes, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, funcionario de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación a quien se les reconozca y pague la Bonificación de Gestión Judicial y la Bonificación de Actividad Judicial de que tratan los Decretos 4040 de 2004, 3131 de 2005 y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, y quien esté percibiendo la Bonificación por Compensación, o la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3150 de 2005.

También se observa que el artículo 2 del Decreto 3899 de 2008 no especifica el empleo que debe estar desempeñando el servidor para tener derecho a percibir la prima de productividad, sino que condiciona su pago proporcional al hecho de que el empleado haya prestado sus servicios, de manera continua o discontinua, por un lapso no inferior a tres (3) meses durante el respectivo semestre.

En ese sentido, quien haya prestado sus servicios por un lapso no inferior a tres (3) meses durante el respectivo semestre, de manera continua o

discontinua, a la Fiscalía General de la Nación y no haya percibido la bonificación de gestión judicial, la bonificación de actividad judicial de que tratan los Decretos 4040 de 2004, 3131 de 2005 y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, la bonificación por compensación, o la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3150 de 2005, tendrá derecho a percibir la prima de productividad de manera proporcional, independientemente del empleo que ocupe.

Es importante resaltar que la norma pretende evitar que un servidor perciba simultáneamente la bonificación de gestión judicial o la bonificación de actividad judicial y la prima de productividad y generar de esta manera un doble pago; como ya se señaló, la una excluye a la otra.

Adicionalmente, se reitera que para el caso de la prima de productividad, el artículo 2 del Decreto 3899 de 2008 no distingue en qué empleo debe prestar sus servicios el beneficiario, como si lo hace el artículo 3º del Decreto 3382 de 2005 respecto del reconocimiento de la bonificación por actividad judicial. Por tal razón, independientemente del cargo que se ocupe, se tendrá derecho a percibir la prima de productividad si se han prestado los servicios a la Fiscalía General de la Nación por un lapso no inferior a tres (3) meses durante el respectivo semestre.

2. ¿Deben aplicarse los conceptos de la Función Pública que definieron el tiempo continuo y discontinuo y por analogía la definición de tiempos discontinuos (Decreto 1160 de 1947) que pueda brindar claridad y cuál sería la diferencia entre el tiempo discontinuo frente al retiro y/o terminación de relación laboral en un empleo?

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 labor, 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.

Los conceptos de tiempo continuo y discontinuo no han sufrido variación en los conceptos proferidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Sin embargo, lo que si ha variado es el reconocimiento legal de las diferentes prestaciones y salarios.

El objetivo del reconocimiento de la "no solución de continuidad" para servidores que pasaban de una entidad a otra, era permitir que aquéllos no perdieran el derecho monetario que podía significar el paso de una entidad a otra, pues las normas exigían un lapso determinado para su reconocimiento. Sin embargo, hoy día, la casi totalidad de las prestaciones y otros conceptos salariales han sufrido modificaciones normativas que permiten el reconocimiento proporcional de los emolumentos salariales y prestacionales. En tal virtud, al retiro de un servidor, las entidades realizan la liquidación de forma proporcional, desapareciendo la necesidad de permitir "trasladar" el tiempo de la anterior entidad para permitir la causación de los beneficios laborales.

Hoy día, si bien la figura de la “no solución de continuidad” pervive en nuestra legislación, su aplicación es restringida y para su reconocimiento se deben presentar 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.
- Debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones, salarios y beneficios laborales.
- La misma legislación debe establecer el número de días de interrupción del vínculo que no implicarán solución de continuidad.

Así las cosas, las prestaciones o los conceptos salariales que permitan el reconocimiento proporcional, no serán objeto de la aplicación de la “no solución de continuidad”, entre ellos, los siguientes: vacaciones, prima de vacaciones, la bonificación por servicios prestados.

Respeto a las cesantías debe hacerse un análisis aparte, pues debido a las modificaciones que ha sufrido su reconocimiento en la legislación, debe atenderse el tiempo de vinculación del servidor y el régimen que lo cobija. Así lo señaló el Consejo de Estado en el concepto citado con antelación:

“2. ¿Cuándo un servidor judicial se desvincula de un despacho judicial o dependencia administrativa y es nombrado nuevamente en similar cargo u otro, en el mismo despacho o dependencia o en otro (bajo el entendido que la Rama Judicial es una misma entidad, y que tienen el mismo régimen de cesantías), sin que haya solución de continuidad entre una desvinculación y su nuevo vínculo, procede la acumulación de tiempos? o ¿por el contrario debe ser liquidadas y pagarse de forma proporcional?”

A este respecto encuentra la Sala que un punto semejante fue abordado por esta Corporación en Concepto No 1777 de 2006, en el cual se dijo:

<<“2.1.7. Tal como se desprende de la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a los servidores públicos de:

“a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985.

“b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996.

“Reitera la Sala que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional dejaron de disfrutar del sistema en mención desde la expedición y vigencia del decreto 3118 de 1968.

“El decreto 1252 de 2000 dispuso que ‘los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional’>>.

Más adelante precisó:

<<Con todo, es claro que el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 consagra que ‘los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas -no se señala en qué condición, si con nombramiento en propiedad o si es un empleado de carrera - continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional’. Por tanto, si la persona ejerce provisionalmente un determinado cargo, está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, y

fue nombrada en período de prueba e inscrita en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional, dado que no hay solución de continuidad en la prestación del servicio, ni cambio de entidad, es más se sigue ejerciendo el mismo empleo, se estima que debe continuar amparada por el sistema que venía cobijándola.

“En la hipótesis consultada, si bien se pasa de ejercer el cargo en provisionalidad a ejercerlo en período de prueba y luego en propiedad, no hay una terminación de la vinculación laboral con el organismo respectivo y ello permite a la Sala considerar, en virtud del principio de favorabilidad que rige las relaciones de los servidores públicos, que el régimen de cesantías retroactivas se mantiene.

“Sobre el particular, en fallo del 1º de septiembre de 2006 recaído dentro del expediente 2702- 00 [68001-23-31-000-1997 (2873) 01], proferido por la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación, se dijo:

‘(...) no pueden confundirse, entonces, las interrupciones transitorias con el retiro definitivo mediante el cual se rompe el vínculo laboral. Por ello, no puede concebirse una acumulación de tiempos de servicio, fruto de diferentes relaciones de trabajo, en cada una de las cuales se ha roto la vinculación para efectos de la obtención de una cesantía definitiva por todos ellos, pues cuando opera la ruptura del vínculo surge para el interesado el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la prestación y si no lo hace en tiempo, puede prescribir (...)Ahora bien, lo relevante legalmente para efectos de la ACUMULACION DE TIEMPOS SERVIDOS OFICIALMENTE PARA EFECTOS DE LA CESANTIA DEFINITIVA ORDINARIA (RETROACTIVA) es la “continuidad” en el servicio oficial, sin operancia de ruptura de la vinculación laboral administrativa. Entonces, si después de un nombramiento y posesión el empleado “rompe” su vínculo laboral administrativo, v. gr. en virtud de insubsistencia del nombramiento, renuncia, etc., se entiende, que a partir de su desvinculación tiene derecho a reclamar su cesantía definitiva por dicho lapso y comienza a correr el término de prescripción del derecho. Claro está que, en ocasiones, cuando se trata del mismo “patrono estatal” (v.gr. Departamento) es posible que al terminar una relación, como cuando se le acepta la renuncia del cargo, la persona toma posesión de otro cargo correspondiente a la misma Persona Jurídica Oficial, sin solución de continuidad, se admite la acumulación de tiempos de servicio para la liquidación de la cesantía definitiva retroactiva.’

“4.2. ¿Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

“Las consideraciones expuestas en el punto 4.1. son aplicables a este evento, pues la única variación entre uno y otro, es el cambio de empleo permaneciendo en la entidad. Aún cuando el empleado debe renunciar al cargo que se ejerce en virtud del nombramiento provisional para entrar a tomar posesión del nuevo empleo, no se rompe el nexo laboral con el correspondiente organismo y ello hace viable que se aplique el artículo 1º del decreto 1252 de 2000. Por ello, se estima que si el servidor tiene régimen cesantías retroactivo debe mantenerse, pues el beneficio del régimen de transición es aplicable a quienes estén inscrito en la carrera administrativa y a quienes tienen nombramiento provisional.>>(se subraya)

Si bien este concepto se refiere a la aplicación del régimen de cesantía retroactiva, lo que en el mismo se expone es perfectamente aplicable al régimen de cesantía creado por el Decreto 3118 de 1968, pues el fundamento de la opinión de la Sala parte de establecer si para estos efectos del auxilio de cesantía existe o no ruptura de la relación laboral. Como lo señala la Sala en el concepto transcrito, si una persona renuncia a un cargo en la rama judicial pero para posesionarse de un nuevo empleo en la rama, sin solución de continuidad, no existe una ruptura del vínculo laboral.

Por consiguiente, en el caso consultado a la Sala si un funcionario o empleado de la rama judicial se desvincula de un despacho judicial y es nombrado en similar cargo en el mismo despacho u otro, sin que haya solución de continuidad, no puede entenderse que se ha roto el vínculo laboral que existe entre la entidad pública, en este caso la rama judicial, y el servidor público, pues el mismo permanece independientemente de que el servidor ejerza un cargo u otro y, por consiguiente, procede la acumulación de tiempos.”

Así las cosas, para el caso de las cesantías debe analizarse cada caso particular, con el objeto de definir la aplicación de la “no solución de continuidad” en los casos de cambio de entidad por parte de un servidor público.

3. ¿Se genera para el ordenador del gasto de la Rama Judicial una doble carga prestacional al efectuar acumulación de tiempos de servicio para diferentes prestaciones, habiéndose presentado la ruptura de la relación laboral?

Como se indicó en apartes anteriores, la mayoría de las prestaciones sociales deben ser reconocidas parcialmente por las entidades donde la persona prestó sus servicios, así que la carga prestacional de la entidad donde ingresa nuevamente al servicio no se incrementa. Sin embargo,

en los casos donde se reconozca la “no solución de continuidad”, la entidad deberá respetar los derechos adquiridos de los servidores y reconocer la prestación con el término acumulado, si es que la ley lo contempla.

4. ¿Le está permitido acumular tiempos de servicio a pesar de no estar prevista esta figura legalmente para esta prestación? ¿Para cuales prestaciones lo puede hacer? Indicar la norma que lo permite para cada una de ellas.

Las entidades públicas deben actuar, en todas las esferas, de acuerdo con lo ordenado por la Ley. Los salarios y las prestaciones sociales de sus servidores públicos no son la excepción. Debe entenderse entonces que, si la legislación no permite el reconocimiento de salarios o prestaciones bajo la figura de la “no continuidad en el servicio”, no será viable el reconocimiento de la misma. De hacerlo, la entidad estará obrando por fuera de los lineamientos legales y las consecuencias de ello pueden ser de tipo fiscal, disciplinario e incluso penal.

Podrá reconocerse la continuidad en el servicio para las cesantías retroactivas, de conformidad con lo expuesto en el numeral anterior.

5. En el caso de los servidores encargados por incapacidades, el servidor que reemplaza al titular devenga el pago del salario del cargo que ejerce, por cuanto el titular recibe durante la incapacidad, la prestación asistencial que es asumida por la EPS, pero en el caso de las prestaciones sociales, se pregunta si pueden pagarse en el cargo superior a quien lo reemplaza, aunque el titular también las devenguen, como en el caso de la bonificación por servicios, prima de productividad, de servicio y de navidad. ¿Debe solicitarse junto con el nombramiento previamente CDP adicional para pagar el reemplazo para la misma prestación por el mismo período?

Cuando la norma tiene previsto el reconocimiento del salario de un empleo que es ejercido transitoriamente por vacancia temporal, también deben reconocerse las prestaciones sociales con base en el mismo. Es importante señalar que la legislación prevé algunos eventos en los cuales un mismo cargo tiene dos empleados que devengan el salario, como es el caso de la comisión de estudios, (ARTÍCULO 2.2.5.5.37 del Decreto 1083 de 2015), en el cual la entidad puede proveer el empleo vacante temporalmente, siempre y cuando existan sobrantes no utilizados en el monto global para pago de sueldos en la ley de apropiaciones iniciales del respectivo organismo.

Así las cosas, un empleado que se encuentre cubriendo una vacante temporal y que se encuentre recibiendo el salario del empleo, tiene derecho a que las prestaciones sociales consideren el salario devengado temporalmente para su liquidación.

Ahora bien, respecto a la expedición del CDP, deberá atenderse lo señalado en el artículo 16 de la ley 1940 de 2018, “*Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2019*”, que consagra:

“ARTÍCULO 16. Para proveer empleos vacantes se requerirá el certificado de disponibilidad presupuestal por la vigencia fiscal de 2019, por medio de este, el jefe de presupuesto o quien haga sus veces garantizará la existencia de los recursos del 1º de enero al 31 de diciembre de 2019, por todo concepto de gastos de personal, salvo que el nombramiento sea en reemplazo de un cargo provisto o creado durante la vigencia, para lo cual se deberá expedir el certificado de disponibilidad presupuestal por lo que resta del año fiscal.

Toda provisión de empleos de los servidores públicos deberá corresponder a los previstos en la planta de personal, incluyendo las vinculaciones de los trabajadores oficiales y tener previstos sus emolumentos de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, los cuales están programados atendiendo lo señalado en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

La vinculación de supernumerarios, por períodos superiores a tres meses, deberá ser autorizada mediante resolución suscrita por el jefe del respectivo órgano.

En cumplimiento del artículo 49 de la Ley 179 de 1994, previo al inicio de un proceso de concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, la entidad deberá certificar la disponibilidad presupuestal para atender el costo del concurso, los cargos que se convocarán, y su

provisión.”

6. ¿La acumulación de tiempos en eventos diferentes a incapacidades puede conllevar a que se pague a dos servidores en un mismo cargo la misma prima o prestación y por el mismo período, en el mismo año (al servidor saliente y servidor entrante) aunque no se encuentren previstos dos cargos en la planta fija dentro del presupuesto de la entidad? Si la respuesta es positiva, ¿de acuerdo con el nuevo esquema presupuestas del Ministerio de Hacienda, qué pasos previos requiere y cómo se afectaría presupuestalmente este gasto?

En los casos en que la legislación permite el pago del salario del empleo que se ejerce temporalmente, como se expresó en el numeral anterior, la entidad deberá tener sobrantes no utilizados en el monto global para pago de sueldos en la ley de apropiaciones iniciales del respectivo organismo.

7. Si eventualmente se considera que el ordenador del gasto puede pagar a dos servidores en el ejemplo anterior, ¿se genera un desequilibrio presupuestal? ¿Se genera un detrimento patrimonial? Al aplicarlo en el caso de la prima de productividad, ¿se ocasiona un carrusel en esta prestación? ¿Cómo puede evitarse?

Si la entidad cuenta con sobrantes para el reconocimiento de salarios que sean desempeñados transitoriamente y los reconoce conforme a la ley, no puede hablarse de un desequilibrio presupuestal, ni mucho menos de detrimento patrimonial.

El detrimento o daño patrimonial es calificado, y está definido en la Ley 610 de 2000¹

“ARTÍCULO 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. <El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007>” .

Este detrimento patrimonial puede dar lugar a la responsabilidad fiscal si se integra con una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Así las cosas, el pago de salario a un empleado que lo ejerce transitoriamente por estar vacante temporalmente y aun en el caso que su titular también lo devengue, si la legislación permite esta posibilidad y la entidad cuenta con sobrantes no utilizados en el monto global para pago de sueldos en la ley de apropiaciones iniciales del respectivo organismo, no se configura un detrimento patrimonial ni una responsabilidad fiscal.

En cuanto al “carrusel en la prestación”, no se entiende el significado que da la consultante a este término. No obstante, si el reconocimiento de la prima de productividad se efectúa con base en lo señalado por la Ley, no pueden generarse consecuencias fiscales negativas.

8. Debido a las responsabilidades que puede llegar a acarrear frente a una auditoría de cumplimiento por parte de los organismos de control, ¿quién asumiría la responsabilidad fiscal de estos pagos al efectuar la acumulación contenida en su concepto y no en las disposiciones?

9. Si eventualmente al dar aplicación al concepto se llegare a incurrir en pagos indebidos, ¿es necesario ajustar los mismos a la disposición? ¿Cuánto tiempo tiene la administración para efectuar las reversiones pertinentes?

La interpretación de la Ley no siempre es pacífica. Incluso las entidades públicas elevan consulta al Consejo de Estado por no encontrar una interpretación uniforme a la diversa normatividad y, en algunos casos, debe ser el juez quien dirima la aplicación de la norma.

Ahora bien, al Departamento Administrativo de la Función Pública le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa. Con base en la Constitución, la Ley, la jurisprudencia y su propio criterio institucional, mediante la emisión de conceptos, asesora a las entidades públicas y a particulares sobre la aplicación e interpretación de las normas que reglamentan la función pública.

Debe señalarse que por regla general, los conceptos emitidos por este Departamento cumplen una función orientadora, pero no son de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios. Así lo ha señalado la Corte Constitucional, en su Sentencia C-542 del 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que señaló:

“2.2.2.- El derecho de petición de consultas está consagrado en los artículos 25 a 26 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en él es factible acudir ante la autoridad pública para que por medio de un concepto oriente a los administrados sobre algún asunto que pueda afectarlos. Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento. Se entiende, más bien, como una manera de mantener fluida la comunicación entre el pueblo y los administración (sic) para absolver de manera eficiente y de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, las dudas que puedan tener las ciudadanas y los ciudadanos y el pueblo en general sobre asuntos relacionados con la administración que puedan afectarlos. Tal como quedó plasmado en el Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición de consulta tiene, entonces, una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo.” (Se resalta).

De acuerdo con lo expuesto, quien acude a una entidad administrativa para conocer su concepto sobre un determinado tema, está en la libertad de acogerlo o no, según su propio criterio.

Ahora bien, si una entidad pública determina que una actividad propia está en contravención a la Constitución o a la Ley, es su deber ajustar su actuación a la norma, y de manera inmediata iniciar los correctivos pertinentes. Sin embargo, la situación es diferente si la manifestación administrativa es un acto administrativo o un concepto. Como vimos, por regla general los conceptos no son actos administrativos que otorgan o reconocen derechos. Por el contrario, los actos administrativos cuentan con la fuerza legal para declarar, reconocer u otorgar derechos. Estando frente a un acto administrativo, la administración que encuentre que su pronunciamiento está contraviniendo la constitución o la Ley, debe seguir el procedimiento normativo consagrado para ello. Así, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, determina:

“ARTÍCULO 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”

ARTÍCULO 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

ARTÍCULO 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.”

De acuerdo con el texto legal, en caso de que un acto administrativo sea contrario a la Constitución o a la Ley, la entidad pública que la emitió podrá revocarla con base en las causales expuestas. Así mismo, un interesado podrá solicitar su revocación y esta petición debe ser resuelta dentro de los 2 meses siguientes.

10. El Decreto 1188 de 1989 que consagró el régimen de inhabilidades para los servidores de la Rama Judicial ¿se encuentra vigente? Ante una eventual derogatoria, ¿qué norma derogó?

Esta Dirección no identifica el Decreto en mención. No obstante, debe señalarse que los funcionarios de la Rama Judicial, como servidores públicos, están cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades que rigen para aquellos, de manera general, en la Constitución y en la Ley. Adicionalmente, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, determina algunas inhabilidades e incompatibilidades especiales para los servidores de la Rama Judicial en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 150. INHABILIDADES PARA EJERCER CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial:

1. Quien se halle en interdicción judicial.

2. Quien padezca alguna afección mental que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del cargo, debidamente comprobada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.
4. Quien esté suspendido o haya sido excluido de la profesión de abogado. En este último caso, mientras obtiene su rehabilitación.
5. Quien haya sido destituido de cualquier cargo público.
6. Quien haya sido declarado responsable de la comisión de cualquier hecho punible, excepto por delitos políticos o culposos.
7. El que habitualmente ingiera bebidas alcohólicas y el que consuma drogas o sustancias no autorizadas o tenga trastornos graves de conducta, de forma tal que puedan afectar el servicio.

PARÁGRAFO. Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquéllos respecto de los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.

ARTÍCULO 151. INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. Además de las provisiones de la Constitución Política, el ejercicio de cargos en la Rama Judicial es incompatible con:

1. El desempeño de cualquier otro cargo retribuido, o de elección popular o representación política; los de árbitro, conciliador o amigable componedor, salvo que cumpla estas funciones en razón de su cargo; de albacea, curador dativo y, en general, los de auxiliar de la justicia.
2. La condición de miembro activo de la fuerza pública.
3. La calidad de comerciante y el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales.
4. La gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio.
5. El desempeño de ministerio en cualquier culto religioso.

PARÁGRAFO 1º. Estas prohibiciones se extienden a quienes se hallen en uso de licencia.

PARÁGRAFO 2º. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial podrán ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.

PARÁGRAFO 3º. Las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los artículos 150 y 151 se aplicarán a los actuales funcionarios y empleados de la Rama Judicial.”

11. El Decreto 404 de 2006, por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional, en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992, ¿se debe aplicar a todos los servidores públicos sin discriminación? ¿Se debe aplicar a los servidores de la Rama Judicial? Si la respuesta es negativa, ¿por qué no es aplicable a los servidores de la Rama?

La Constitución Política estableció en su artículo 150:

ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Ver Art. 1º Decreto Nacional 1919 de 2002

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrojárselas.

(...)." (Se resalta).

Con base en esta orden constitucional, fue expedida la Ley Marco No. 4 de 1992² en la cual se establecieron los criterios y objetivos con base en los cuales el Gobierno Nacional debía fijar el régimen salarial y prestacional de los siguientes servidores públicos:

a. Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico.

b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República.

c. Los miembros del Congreso Nacional, y

d. Los miembros de la Fuerza Pública.

Ahora bien, el Decreto 404 de 2006 que cita en su consulta, emitido en desarrollo de la citada Ley 4ª, "Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional", indica en su artículo 1º:

"ARTÍCULO 1º. 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."

Como se aprecia, el Decreto 404 está dirigido a empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a entidades públicas del orden nacional y territorial. Esto incluye a los servidores de la Rama Judicial.

12. ¿Qué responsabilidad nos asiste como servidores públicos y cuales mecanismos de participación ciudadana y de control puede promover un ciudadano para que se revoque o aclare un concepto del Consejo de Estado o de la Función Pública cuando analice que los mismos son contrarios a la Constitución y la Ley, para que no se difundan o por lo menos se de alcance o sean corregidos?

Como se indicó en el numeral 9°, los conceptos emitidos por las entidades públicas no son, por regla general, actos administrativos que generen derechos o los reconozcan. Tienen una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

Al no crear derechos u obligaciones, los conceptos emitidos por una entidad administrativa, al no ser acto administrativo no son objeto de revocación. En caso que un concepto sea emitido y sobre él recaiga un defecto de interpretación, la entidad modificará su criterio mediante un nuevo concepto. Esto puede suceder por iniciativa de la misma entidad o por solicitud de aclaración del concepto por parte de un particular.

Como se indicó en apartes anteriores, los conceptos no son de obligatorio cumplimiento y quien consulta está en libertad de acogerlo o no.

13. ¿Cómo puede contribuir cualquier servidor público cuando observa que pueden llegar a inducir en error a los servidores públicos encargados del trámite y de la ordenación del gasto, al igual que a los jueces de la República ante posibles demandas contra la entidad al ser invocados en las pretensiones de los procesos judiciales y reclamaciones que se adelanten?

Tanto los servidores públicos como los particulares pueden poner en conocimiento de la administración las posibles contradicciones halladas en un concepto. Los primeros, mediante los canales ordinarios de comunicación entre los servidores. Los segundos, mediante solicitudes elevadas ante la respectiva entidad.

14. ¿Existe algún tipo de control posterior por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública cuando observa que los conceptos como en este caso no ofrecen claridad total al servidor que debe liquidar? ¿Bien sea porque presuntamente no protegen los recursos públicos del Estado? ¿O porque existen disposiciones de mayor jerarquía que presuntamente no son armonizadas? ¿Al aplicar estos conceptos conforme a lo enunciado presuntamente se violaría la Ley? ¿O las normas que rigen el presupuesto general de la nación?

Como se indicó anteriormente, si el Departamento Administrativo de la Función Pública detecta que fue emitido un concepto que no se encuentra ajustado a la Constitución o a la Ley, emite un nuevo concepto en el que se aclara y/o se modifica la postura institucional. Adicionalmente debe señalarse que la interpretación de las normas, en general, están sujetas a un constante desarrollo interpretativo tanto de la doctrina, como de las Altas Cortes nacionales, que en muchas ocasiones varían su apreciación jurídica. Así, un concepto puede sufrir desarrollos, ampliaciones e incluso modificaciones, entendiéndose con ello que las normas y su interpretación no son inamovibles y que están sujetas a diversas interpretaciones, por parte de particulares y de entidades administrativas y judiciales.

Así, la convicción de este Departamento es estar a la vanguardia de las mismas para poder brindar a sus usuarios las mejores y más recientes interpretaciones.

Sólo un juez de la república puede determinar si existió o no una violación de la Ley.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías."

2. *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política"*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:02:04