



Función Pública

Concepto 331961 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000331961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000331961

Fecha: 24/07/2020 10:10:22 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. PRESTACIONES SOCIALES – EMPLEOS. Situaciones relacionadas con cambios de empleo. RADICACION. 20202060310842 de fecha 15 de julio de 2020.

Reciba un cordial saludo, en atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la figura “Sin solución de continuidad” para servidor que cambia de empleo dentro de la misma entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con el Decreto 430 de 2016 Artículo 1 el objeto del Departamento Administrativo de la Función Pública consiste en el: *“fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación”*. Por lo tanto, no tiene competencia de resolver situaciones de carácter particular.

Es preciso tener en cuenta las siguientes disposiciones:

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que su consulta no es clara, y, por lo tanto, no se cuenta con los elementos de juicio necesarios para pronunciarnos de fondo.

No obstante, y a manera de información es oportuno señalar que de manera general cuando un empleado se retira efectivamente del cargo del cual es titular, procede la liquidación de todos los elementos salariales y prestacionales propios de la relación laboral, de tal manera, que en el caso que se vincule en otra entidad u organismo público, inicie un nuevo conteo para la causación de los mismos.

No obstante, en el caso de un empleado público que renuncia a su empleo y se posesiona inmediatamente en otro cargo de mayor remuneración en la misma entidad, se considera que no hubo retiro efectivo del servicio, en consecuencia, y en aplicación al principio de favorabilidad, no es dable que se realice la liquidación de los elementos salariales y prestacionales, sino que, se acumulen los tiempos, de tal manera que se reconozcan y paguen con el salario que reciba el empleado en el nuevo cargo.

En ese sentido, si el empleado continúa prestando sus servicios en la misma administración sin que se produzca retiro efectivo de la entidad, no es viable que la administración realice la liquidación de los elementos salariales y prestacionales del cargo que ocupaba, sino que éstas se acumulan y se reconocerán al momento de su causación en el nuevo empleo.

Ahora bien, en el caso que el empleado público renuncie a su empleo y se vincule en la misma entidad en un cargo de inferior asignación salarial, se considera procedente que la Administración efectúe la liquidación de los elementos salariales y prestacionales que correspondan a la relación laboral, iniciando un nuevo conteo para su reconocimiento y pago.

Ahora bien, en relación con la solución de continuidad, 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 continuo, 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.

En relación con la “no solución de continuidad” es importante tener en cuenta 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 sus 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.

Conforme a lo señalado hasta el momento, para aplicar la solución de continuidad es necesario que exista una norma expresa que la contemple y que el servidor continúe regido bajo las mismas disposiciones legales.

De acuerdo con lo anterior y una vez revisadas las normas que regulan el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, en especial la Ley 6 de 1945 y los Decretos 1160 de 1947 y 2567 de 1946, es posible señalar que el mismo no consagra la continuidad en materia de régimen de cesantías.

El régimen de liquidación de cesantías por retroactividad se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2000, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

Ahora bien, el Consejo de Estado mediante Concepto radicado con el número 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777) del 15 de noviembre de 2006, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, sobre el tema en consulta, se pronunció en los siguientes términos:

«Es claro que: (i) el pago de cesantías retroactivas correspondía a la Caja Nacional de Previsión, y con el artículo 7º de la ley 33 de 1985 esa obligación la asumieron directamente las entidades empleadoras; (ii) las cesantías retroactivas definitivas las paga al momento del retiro del servicio del empleado, la respectiva entidad¹ y no un fondo de cesantías y ello impide que pueda haber continuidad en el mantenimiento del régimen²; (iii) el servidor público que obtiene un ascenso de cargo o que previo concurso es nombrado - en período de prueba - para otro empleo en otra entidad, debe renunciar al anterior empleo y, por ende, rompe su vínculo laboral con el primer empleador, de manera voluntaria, situación que hace cesar el régimen de cesantías retroactivas; (iv) aunque ese movimiento laboral no necesariamente puede implicar solución de continuidad en la prestación del servicio, con el nuevo nombramiento - aún en período de prueba - en un cargo en distinto organismo de la administración el servidor inicia otro vínculo laboral, frente al cual el ordenamiento jurídico tiene previsto un régimen salarial y prestacional; (v) los derechos adquiridos y la no desmejora de las condiciones laborales previstos en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 están condicionados a que el servidor público mantenga su vinculación laboral con el organismo o entidad donde se aplica la modalidad de cesantías retroactivas, supuesto que en la hipótesis estudiada no se configura por las razones anotadas. Tales circunstancias llevan a la Sala a considerar que este evento el derecho a seguir amparado por la retroactividad se pierde.»

De acuerdo con lo anterior y una vez revisadas las normas que regulan el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, en especial la Ley 6 de 1945 y los Decretos 1160 de 1947 y 2567 de 1946, es posible señalar que el mismo no consagra la continuidad en materia de régimen de cesantías.

Así las cosas, cuando el empleado cobijaba por el régimen de cesantías retroactivas, una vez se retiró del correspondiente empleo y se posesiono en otro empleo público en propiedad, ya no lo cobija el régimen de cesantías retroactiva y en los términos del art 13 de la Ley 344 de 1996, el régimen de cesantías será el anualizado. Para aplicar la solución de continuidad es necesario que exista una norma expresa que la contemple y que el servidor continúe regido bajo las mismas disposiciones legales.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ver arts. 1º de la ley 65 de 1946, 28 y 37 del decreto 3118 de 1968 y 32 del decreto 1453 de 1998.

2. Excepcionalmente el Fondo Nacional de Ahorro paga cesantías definitivas, pues los artículos 5º de la ley 432 de 1998 y 27 del decreto 1453 del mismo año al ordenar la afiliación a ese Fondo de todos los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional dispusieron que frente a los servidores públicos con régimen de retroactividad en las cesantías el mayor valor sería responsabilidad de la entidad empleadora.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:27:52