



Concepto 396051 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000396051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000396051

Fecha: 03/11/2021 07:25:19 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES - VACACIONES Procede el reconocimiento y pago de las vacaciones cuando el empleado se encuentra en incapacidad. CESANTIAS RETROACTIVAS Liquidación de cesantías retroactivas cuando se ha ejercido un encargo, Radicación No. 20219000637552 del 23 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual presenta diferentes interrogantes relacionados prestaciones sociales y situaciones administrativas, me permito informarle que las mismas serán resueltas en el orden en que se presentaron así:

Vacaciones en incapacidad superior a 180 días:

El Decreto [1045](#) de 1975, "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional", establece en relación a las vacaciones:

"ARTÍCULO 8. DE LAS VACACIONES. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el día sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.

(...)

ARTÍCULO 12. DEL GOCE DE VACACIONES. Las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas.

De conformidad con la norma en cita, todo empleado público y trabajador oficial tiene derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, las cuales deben concederse oficiosamente o a petición del interesado dentro del año siguiente a la fecha en que se causen, pudiendo ser aplazadas por la administración por necesidades del servicio mediante resolución motivada.

De igual forma, de las normas arriba citadas, se precisa que no es procedente que las entidades u organismos públicos otorguen vacaciones a los empleados que no han causado el derecho.

A su turno, el artículo [22](#) de la norma arriba señalada, establece los eventos que no interrumpen el tiempo de servicio para efectos de las vacaciones, al consagrar:

"Para los efectos de las vacaciones, no se considera interrumpido el tiempo de servicio cuando la suspensión de labores sea motivada:

- a. Por incapacidad no superior a ciento ochenta días, ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo;
- b. Por el goce de licencia de maternidad;
- c. Por el disfrute de vacaciones remuneradas; d. Por permisos obtenidos con justa causa;
- e. Por el cumplimiento de funciones públicas de forzosa aceptación;
- f. Por el cumplimiento de comisiones”.

(Subrayado fuera de texto).

Como se observa, uno de los eventos, que no interrumpen el tiempo de servicios para efectos de causar el respectivo derecho a las vacaciones, es la incapacidad del empleado, cuando ésta es inferior a ciento ochenta días (180), ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo.

En este sentido, la norma es clara que independiente del origen de la incapacidad, es decir, por enfermedad común o por accidente de trabajo, el empleado tendrá derecho a las vacaciones, siempre que la incapacidad no supere los ciento ochenta (180) días, por lo que debe entenderse que si la incapacidad supera el término de ciento ochenta (180) días, se interrumpe el tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de las vacaciones y la prima de vacaciones.

Por lo anterior y resolviendo su primer interrogante en el que indica que la incapacidad es superior a ciento noventa días (190), no es posible computarle el mes faltante con el fin de reconocerle el derecho de disfrute del periodo de vacaciones.

El tiempo que sobrepase los ciento ochenta (180) días deberá ser tenido en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones sociales del empleado; excepto para las vacaciones, las cuales expresamente en el artículo 22 del Decreto 1045 de 1978, excluyen a la incapacidad que exceda de ciento ochenta días.

Con base en lo anterior, podemos establecer que en el tiempo de la incapacidad es procedente pagar las vacaciones que acumuló hasta los 180 días, luego de este número de días no tendrá derecho al pago de vacaciones.

Es decir, que una vez superados los 180 días de incapacidad, el empleado no obstante continuar vinculado a la entidad, se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral, por lo cual no hay lugar al pago de salario; procederá, entonces, el auxilio económico si se ha prorrogado la incapacidad o postergado el trámite de la calificación de invalidez, en los términos de las normas que regulan la materia.

Interrupción de las vacaciones:

La interrupción de las vacaciones ocurre cuando el servidor público se encuentra disfrutando de las mismas y el jefe de la entidad o la persona delegada ordena la suspensión del disfrute.

De conformidad con el artículo 15 de la norma citada, las vacaciones se podrán interrumpir por las siguientes causales:

Por necesidad en el servicio;

Por incapacidad ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo, siempre que se acredite con certificado médico expedido por la entidad de previsión a la cual esté afiliado el empleado o trabajador, o por el servicio médico de la entidad empleadora en el caso de que no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión;

Por incapacidad ocasionada por maternidad o aborto, siempre que se acredite en los términos del ordinal anterior;

Por el otorgamiento de una comisión;

Por el llamamiento a filas.

Así mismo en el artículo 16 establece:

“ARTÍCULO 16.- Del disfrute de las vacaciones interrumpidas. Cuando ocurra interrupción justificada en el goce de vacaciones ya iniciadas, el beneficiario tiene derecho a reanudarlas por el tiempo que falte para completar su disfrute y desde la fecha que oportunamente se señale para tal fin.

La interrupción, así como la reanudación de las vacaciones, deberán decretarse mediante resolución motivada expedida por el jefe de la entidad o por el funcionario en quien se haya delegado tal facultad. (Subrayado fuera del texto).

En este caso, la ley prevé que cuando ocurra interrupción justificada en el goce de vacaciones ya iniciadas, el beneficiario tiene derecho a reanudarlas por el tiempo que falte para completar su disfrute y desde la fecha que oportunamente se señale para tal fin.

Resolviendo su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente la indemnización teniendo en cuenta que las vacaciones suspendidas fueron reconocidas y pagadas, lo único pendiente es el tiempo de disfrute.

Conteo de las vacaciones para efectos de liquidación de esta prestación

De acuerdo con el artículo 8 de Decreto 1045 de 1978, se tiene que en las vacaciones se presenta la cesación transitoria en el ejercicio efectivo de las funciones y por ende, la no concurrencia al sitio de trabajo durante un período señalado con antelación, razón por la que el empleado, pese a que no pierde la vinculación con la administración, no está percibiendo salario propiamente dicho, sino el pago de esta prestación social.

Durante el tiempo que la persona se encuentra en vacaciones, no recibe salario propiamente dicho, sino que se le reconoce el descanso remunerado; por esta razón se le pagan por adelantado los días que va a salir a descansar (resultado de la sumatoria de los días hábiles en el calendario), de modo que, una vez el empleado se reintegra a las labores, se le reconocen los días efectivamente laborados. Para ilustrar lo anterior, esta Dirección pone el siguiente ejemplo:

«El empleado sale a disfrutar sus vacaciones el 1 de diciembre, las cuales se terminarían el 22 de diciembre, contando los quince días hábiles (de modo que se reconocen como descanso remunerado esos 22 días; los cuales se pagan por adelantado), una vez el empleado se reintegra a sus labores el día 23 de diciembre y al momento de cancelar la nómina, la entidad le reconoce los días efectivamente trabajados en el mes (es decir, 8 días); de modo que al momento de salir a disfrutar las vacaciones se pagan: 22 días de descanso remunerado más los quince días de la Prima de vacaciones, y al regresar a laborar, ese mes sólo se le pagan los ocho días que asistió al trabajo.»

Para esta Dirección es claro que las vacaciones se deben liquidar y pagar computando los quince (15) días hábiles contabilizados a partir de la fecha del inicio del descanso; es decir, quince (15) días hábiles incluidos para efecto de su pago los domingos y feriados contenidos entre el primero y el quinceavo día hábil, lo que dará 18, 21, 23, 25 o 27 días calendario, según el caso, los cuales se pagan por adelantado.

Si uno de los días hábiles en este conteo corresponde al día 31 del mes respectivo, éste no puede desconocerse. Si se desconociera, en la práctica no se estarían contando quince (15) días hábiles sino catorce (14), lo cual vulneraría los derechos del trabajador. Por tal razón, es claro que si uno de los quince (15) días hábiles de vacaciones a las que tiene derecho el trabajador corresponde al día 31 del mes, este debe contabilizarse para efectos del conteo en días calendario.

Situación distinta ocurre cuando el empleado una vez disfrutado su periodo de vacaciones se reintegra a sus labores, dado que al momento de cancelar la nómina, la entidad debe reconocer los días trabajados en el mes (es decir, los días calendario restantes que quedan después de haber culminado el disfrute de vacaciones); en ese sentido, al regresar a laborar, ese mes sólo se le pagan los días calendario restantes, en el entendido que para efectos de liquidación de nómina el mes consta de 30 días.

Conforme a lo anterior, el segundo periodo de vacaciones iniciará el día viernes y se contabilizará los días sábado y domingo.

Retroactivo salarial cuando existen incapacidades

Respecto de los aumentos salariales para los empleados públicos del orden territorial contempla el decreto salarial del presente año, Decreto 980 de 2021, “Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional.”

“ARTÍCULO 2. Límite máximo salarial mensual para Gobernadores. A partir del 1º de enero del año 2021 y atendiendo la categorización establecida en la Ley 617 de 2000, el límite máximo salarial mensual que deberán tener en cuenta las Asambleas Departamentales para establecer el salario mensual del respectivo Gobernador será:

(...)”

“ARTÍCULO 13. *Vigencia y derogatoria.* El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 314 de 2020 y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero del año 2021 con excepción de lo previsto en los artículos 5° y 9° de este Decreto, los cuales rigen a partir de la fecha de su publicación.”

Conforme a lo anotado establece el Decreto 980 de 2021 el incremento salarial para los empleados públicos de las entidades del orden territorial el cual prevé en su artículo 2º. sobre las escalas de remuneración de los diferentes empleos de su jurisdicción con efectos fiscales a partir del 1º de enero del 2021.

Respecto del pago de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales se considera que los incrementos salariales de los empleados públicos a que se refiere el artículo 1 ° de la Ley 4a de 1992, que se dispongan de manera retroactiva, deberán tenerse en cuenta para liquidar los aportes parafiscales y del Sistema de Seguridad Social Integral. Para tal efecto, las entidades empleadoras deberán realizar las respectivas reliquidaciones mensuales y girar la suma adeudada dentro del término fijado por el acto administrativo que regula esta situación en el respectivo departamento o municipio o distrito.

De conformidad con la Ley 100 de 1993, la falta de pago de las sumas adicionales a que haya lugar por concepto del aporte al Sistema de Seguridad Social Integral, en el término establecido en este artículo, causará intereses de mora.

En este orden de ideas, al decretarse el incremento salarial para los empleados públicos del orden territorial con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2021, debe interpretarse según criterio de esta Dirección Jurídica que si hubo incapacidades reconocidas por el sistema de seguridad social antes de la expedición del decreto o acto administrativo que reguló el respectivo incremento salarial, una vez señalado el incremento salarial esta situación obliga a reliquidar los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales y efectuados los pagos correspondientes dan derecho a solicitar a título de reembolso por parte de la entidad empleadora el mayor valor de la incapacidad generada por el aumento retroactivo, la que a su vez debe consignarse al empleado que estuvo incapacitado.

Reconocimiento y pago de las prestaciones sociales cuando se esta hay un empleado en la situación administrativa de encargo debido a una licencia por enfermedad.

Sobre el particular, es preciso señalar que el Decreto 1083 de 2015 , establece:

ARTÍCULO 2.2.5.2.2. Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:

1. Vacaciones.
2. Licencia.
3. Permiso remunerado
4. Comisión, salvo en la de servicios al interior.
5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.
6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.
7. Período de prueba en otro empleo de carrera.

En relación con las licencias, el artículo 2.2.5.5.3, ibidem, dispone que una de ellas es la licencia remunerada, entre otras, en caso de enfermedad. En ese sentido, las licencias por incapacidades médicas implican una separación transitoria del ejercicio del cargo y generan una vacancia temporal del empleo.

Ahora bien, en caso de vacancia temporal para efectos de su provisión, la Ley 909 de 2004 , señala:

“ARTÍCULO 24. *Encargo.*

(...)

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”.

Así mismo, el Decreto 1083 de 2015 , respecto del encargo, establece:

ARTÍCULO 2.2.5.5.41. Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado. (Subrayado fuera de texto)

ARTÍCULO 2.2.5.5.43. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Con respecto a la figura del encargo, es importante señalar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-428 de 1997, Magistrados Ponentes: Dres. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa, señaló lo siguiente:

“... El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el encargo se utiliza para designar temporalmente a un servidor que asuma total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Así mismo, el Decreto 1083 de 2015, arriba citado, señala que en caso de vacancia temporal el encargo se efectuará durante el término de ésta.

De acuerdo con lo expuesto, se considera, en criterio de esta Dirección Jurídica, que toda vez que en el encargo se asumen las funciones de otro empleo, que se encuentra vacante temporal o definitivamente, desvinculándose o no de las propias del cargo del que se es titular, bien puede encargarse a un empleado de la entidad, mientras dura la incapacidad de su titular.

Ahora bien, debe señalarse que de conformidad con el Decreto 3135 de 1968, todos los empleados públicos en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores ocasionada por enfermedad, tienen derecho a que la respectiva entidad de previsión social a la que se encuentren afiliados, les pague durante el tiempo de la enfermedad la siguiente remuneración: a) el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días Cuando la enfermedad fuere profesional, o b) las 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuere profesional.

En concordancia con lo expuesto, cuando un empleado público ha sido incapacitado por enfermedad no devenga la asignación, sino que percibe un subsidio en dinero por concepto de la licencia por enfermedad, el cual es reconocido por la Empresa Promotora de Salud respectiva, pero de manera alguna constituye remuneración salarial, por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, es viable que el funcionario encargado en su reemplazo perciba la diferencia de sueldo con ocasión del encargo, por cuanto éste fue provisto para cubrir una vacancia temporal durante la cual el titular no devenga salario.

Seguridad social:

En atención a su inquietud relacionada por los aportes parafiscales y la base para su liquidación, me permito indicar lo siguiente:

La Ley 89 de 1988, establece:

“ARTÍCULO 1. A partir del 1º de enero 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- ordenado por las Leyes 27 de 1974 y 7ª. de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.

PARÁGRAFO 1. Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS- o los del Subsidio Familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Estas entidades quedan obligadas a aceptar la afiliación de todo empleador que lo solicite.”

Por su parte, la Ley 21 de 1982, por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones, preceptúa:

“ARTICULO 7.- Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

- 1. La Nación, por intermedio de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias.*
- 2. Los departamentos, intendencias, comisarias, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios.*
- 3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.*
- 4. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes. (subrayas fuera de texto)*

ARTÍCULO 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales e institutos técnicos, se entiende por nómina mensual de salario la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SALARIO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY LABORAL, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de la ley y convencionales o contractuales.

De acuerdo con lo anterior, la base para liquidar los aportes parafiscales es la nómina de salarios, entendiéndose por tal, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral.

La Ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 17. Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

Las Entidades Públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago de subsidio familiar, podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una Caja de Compensación Familiar.

En los términos del presente artículo se entiende cumplida por las Entidades públicas aquí mencionadas la obligación prevista en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982.

Con el fin de determinar los elementos que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar aportes parafiscales, es importante señalar, en primer lugar, la diferencia que existe entre prestación social y salario

PRESTACION SOCIAL: Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de julio 18 de 1995.)

SALARIO: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995)

Sobre la noción de salario para efectos parafiscales, el Consejo de Estado, en consulta del 11 de noviembre de 1998, Consejero Ponente Cesar Hoyos Salazar radicado No 1156-98 expresó:

"1.5 Sobre la noción de nómina mensual de salarios para la contribución al ICBF, el artículo 1o. de la ley 89 de 1988 dispuso que la contribución parafiscal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar equivale al 3% "del valor de la nómina mensual de salarios" y el parágrafo 1o. de la misma norma remite, para fijar el concepto de nómina mensual de salarios, al artículo 17 de la ley 21 de 1982, el cual dispone que tal nómina equivale a la totalidad de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario "en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación" y los realizados por descansos remunerados por ley o acuerdo convencional o contractual.

"Sobre la noción de nómina, para efectos de los aportes de las entidades públicas al régimen del subsidio familiar, al SENA, a la ESAP y a las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, esta Sala, en consulta número 110 de mayo 20 de 1987, interpretó el artículo 17 de la ley 21 de 1982 en armonía con el decreto ley 1042 de 1978, que regula la relación laboral de derecho público.

"En este orden de ideas, es preciso acudir al artículo 42 del mencionado decreto ley 1042, el cual dispone que además de la asignación básica fijada para los diferentes empleos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios". Esta norma señala, además, los factores de salario."

Como lo señaló el Consejo de Estado, en Sala de Consulta, "de manera general se puede afirmar que el criterio adoptado por la legislación referente a los empleados públicos, fue el de que los pagos retributivos del servicio tuvieran carácter habitual, para que constituyeran salario.

Así lo consagró el artículo 42 del Decreto - ley 1042 de 1978, el cual dispone, luego de que el 41 ha determinado la noción de salario en especie. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

La Ley 4 de 1992 establece 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. De conformidad con esta Ley el Gobierno Nacional es el competente para la fijación de elementos salariales y prestaciones sociales de los empleados públicos.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, los siguientes son elementos salariales:

"ARTÍCULO 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en la jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.

Los gastos de representación.

La prima técnica.

El auxilio de transporte.

El auxilio de alimentación.

La prima de servicio.

La bonificación por servicios prestados.

Los viáticos percibidos por funcionarios en comisión.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, puede afirmarse que se entiende por salario la suma de los pagos retributivos del servicio con carácter habitual y periódico, tomando como parámetro los elementos consagrados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 en el caso de los empleados públicos.

En este sentido y en concepto de esta Dirección Jurídica, la asignación básica, los gastos de representación, el subsidio de alimentación, la prima técnica, las horas extras, dominicales y festivos, la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios al ser elementos o factores salariales deben tenerse en cuenta al momento de liquidar los aportes parafiscales, sobre la nómina mensual.

Con respecto a la prima de navidad, es importante tener en cuenta que el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978 señala como prestaciones sociales, las siguientes:

“ARTICULO 5. DE LAS PRESTACIONES SOCIALES. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2o., de este decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

a. Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;

b. Servicio odontológico;

c. Vacaciones;

d. Prima de Vacaciones;

e. Prima de Navidad;

f. Auxilio por enfermedad;

g. Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;

h. Auxilio de maternidad;

i. Auxilio de cesantía;

j. Pensión vitalicia de jubilación;

k. Pensión de invalidez;

l. Pensión de retiro por vejez;

m. Auxilio funerario;

n. Seguro por muerte.” (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, puede inferirse que la prima de navidad tiene el carácter de prestación social y no se considera un elemento de salario. Además, ésta no es una suma que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.

Reconocimiento de algún tipo de rentabilidad de las cesantías retroactivas mientras se ejerce un encargo.

La Ley 344 de 1996, estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley; las principales características de este régimen de cesantías son la obligatoriedad de consignar los dineros en un Fondo Administrador, la liquidación anualizada y el pago de intereses del 12% sobre el valor de las cesantías.

Por tanto, esta Dirección Jurídica considera que el empleado con derechos de carrera en caso de ser nombrado por encargo o por comisión de servicios en otro empleo en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo del encargo o de la comisión, y si bien se ha generado un cambio en la remuneración que percibe, la misma no es de carácter definitivo, por cuanto tanto el encargo como la comisión que ejerce es de carácter temporal y el empleado no deja de ser titular del empleo en el cual se posesionó.

Conforme a lo anterior, la entidad deberá liquidar las cesantías con el régimen anualizado de manera temporal solamente mientras se ejerce el encargo o la comisión del empleo de libre nombramiento y remoción, se reitera una vez el empleado retorne al empleo que ostenta en carrera continuará con el régimen retroactivo de cesantías.

Respecto a los intereses de las cesantías se debe indicar que los servidores públicos con régimen de cesantías retroactivo NO tienen derecho al reconocimiento de intereses a las cesantías, en razón a que no existe norma que establezca este beneficio para estos funcionarios; por tanto, mientras el empleado perteneciente al régimen de cesantías retroactivo se encuentre en encargo recibirá los intereses a las cesantías anualizadas por el tiempo que perdure esta situación administrativa, una vez retorne al empleo del cual es titular continuará percibiendo las cesantías conforme al régimen retroactivo.

Liquidación de Cesantías en Encargo

Frente a los interrogantes relacionados en este numeral, se debe indicar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con 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, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante a lo anterior los resolveremos de manera general, de la siguiente manera:

Pregunta 1. ¿La liquidación de cesantías deberá reconocerse con el salario devengado en el último encargo? ¿O teniendo en cuenta todos los encargos que haya obtenido en su carrera?

De acuerdo a los conceptos proferidos por esta Dirección y que fueron señalados en su petición, se reitera que el Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, establece:

«ARTÍCULO 1. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquier que sea la causa de su retiro y a partir del 1o. de enero de 1942.

ARTÍCULO 2. Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

(...)

ARTÍCULO 6. De conformidad con lo dispuesto por el decreto número 2567, del 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, sí éste fuere menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 1. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono».

(Subrayado fuera del texto).

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, 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.

No obstante, si se pretende solicitar un anticipo de cesantías y en caso de haber ocupado varios encargos a lo largo de la vida laboral, por ejemplo, el encargo se ejerció desde el año 2018 al 2020 y en el año 2021 retorno a su empleo de carrera, el salario del empleo que se ejerció en la situación administrativa de encargo se tiene en cuenta por ese tiempo (2018 a 2020) y de igual manera para los demás encargos realizados, se liquidará de conformidad con las normas del régimen anualizado y del 2021 (fecha en que retorna en su empleo de carrera) se liquidará conforme al régimen retroactivo, esto es con el salario que devengue para el momento de la solicitud. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse precisamente para evitar saldos negativos a favor de la administración.

Pregunta 2. ¿Qué ocurre con lo devengado en los encargos realizados en años anteriores? ¿El valor del salario percibido en cada uno de los encargos se debe indexar o se homologa al salario actual que pudiese tener ese cargo?

Frente a los encargos realizados en años anteriores y que se llevaron a cabo posteriormente a la expedición de la Ley 344 de 1996, se debieron haber liquidado de conformidad con el régimen de cesantías anualizada, por tanto en su momento se debió reconocer los correspondientes intereses a las cesantías.

En cuanto a si existe algún tipo de sustento legal para la indexación de los diferentes emolumentos percibidos por el empleado para efectos de la liquidación, se reitera que de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, el reconocimiento de las cesantías se realiza 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; sin embargo, se reitera que el salario del encargo se tiene en cuenta por el tiempo que ha ejercido el otro empleo bajo dicha figura y no por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse precisamente para evitar saldos negativos a favor de la administración; por tanto no es procedente ningún tipo de indexación, ni norma que lo permita.

Pregunta 3. ¿Si se pretende liquidar un anticipo de cesantías, el salario del encargo se tiene en cuenta por los meses que han transcurrido y el resto con el último salario devengado en el empleo de carrera?

Si así es, tener en cuenta lo señalado en la respuesta número 1.

Pregunta 4. ¿Cómo se realiza la liquidación cuando se supera un concurso de méritos?

Se reitera que la liquidación de cesantías por retroactividad se realizará o 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.

No obstante, procederemos a aclarar el tema en relación a los derechos de carrera cuando un empleado de presenta el periodo de prueba en otra entidad, para ellos debemos tener en cuenta la Ley 909 de 2004, establece:

“ARTÍCULO 31. *Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:*

1. *Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.*

(...)

5. *Período 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 (6) 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.

PARÁGRAFO. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.”

De conformidad con lo anterior, el empleado con derechos de carrera que se encuentra en período de prueba por haber superado un proceso de selección conserva los derechos del empleo del cual es titular mientras supera el mismo, en caso de no superarlo regresará al citado empleo.

En este orden de ideas, en caso de superar el periodo de prueba, deberá presentar renuncia al cargo de carrera administrativa y al realizarse un nuevo nombramiento y una nueva posesión, se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior.

La aceptación de la renuncia implica dar por terminada la relación laboral; por consiguiente, la entidad deberá liquidar las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho durante el tiempo laborado, de acuerdo con las normas legales vigentes que rigen la materia, a partir de aquel momento.

De esta forma, quien se vincula a un nuevo cargo por superar el concurso de méritos, en virtud de la Ley 344 de 1996 se encuentra en el régimen de cesantías con liquidación anualizada, sin que exista fundamento legal para continuar con el régimen anterior que poseía en una relación laboral extinta y esta prestación deberá realizarse de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947.

El salario sobre el cual se hará la liquidación es el devengado en el empleo de carrera, es decir el percibido antes de posesionarse en periodo de prueba y teniendo en cuenta los tiempos de los encargos realizados.

Pregunta 5. ¿Qué se debe hacer cuando un empleado ocupó un cargo en tiempos anteriores, que ya hoy no existe en la planta de personal por que fue suprimido?

En torno a la problemática planteada en su consulta, resulta conveniente traer a colación los siguientes apartes del Concepto No. 1777, expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, que precisó lo siguiente:

«4.9.1.- Reincorporación por supresión de cargos. Como ha quedado expuesto nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos adquiridos de los servidores públicos y prohíbe desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales. Ahora, por vía general, si un servidor público se retira de una entidad con un régimen salarial y prestacional determinado y, posteriormente, se revincula al sector público pero a otro organismo con un régimen distinto, el principio ordinario es que queda sometido a este último. Sin embargo, no se puede desatender la causa o motivo de la desvinculación inicial, pues si es atribuible al Estado, por razones del servicio o de modernización de la entidad, como es el caso de la supresión de empleo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, por mandato legal el empleado de carrera administrativa tiene derecho preferencial “(...) a ser incorporado en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal” y si ello no es posible puede optar por “ ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización”. - art. 44 de la ley 909 de 2004»

[...]

13.- El empleado público de carrera cuyo cargo fue suprimido tiene derecho a ser reincorporado a un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, con el régimen salarial y prestacional de este cargo.

El empleado público de carrera que es desplazado tiene derecho a ser reubicado en un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.»

Por lo tanto, corresponde a la entidad establecer si se trató de una nueva vinculación o si el traslado fue producto de una reestructuración y si se trata de funcionario provisional o en carrera administrativa.

Una vez establecido lo anterior y a la luz de la jurisprudencia, determinar si se configura una de las causales de retiro consagradas en el artículo 41 de 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.", pues si se está en presencia de una nueva designación en una entidad distinta a aquella de la cual se predica el derecho al pago retroactivo de las cesantías, lo cual supone la terminación del vínculo laboral anterior y el retiro definitivo del servicio y, consecuentemente, la pérdida del derecho a continuar percibiendo dicho régimen retroactivo de cesantías, en tanto el empleado debe someterse al régimen salarial vigente en la entidad a la cual se vincula.

En nuestro criterio, sólo en el evento en que el empleado con régimen de cesantías retroactivas sea un funcionario de carrera y en esa calidad haya sido reubicado o trasladado interinstitucionalmente, tendría el derecho a conservar el régimen de cesantías retroactiva que venía percibiendo.

Pregunta 6. ¿Cuándo la persona que conserva su régimen retroactivo presenta en el tiempo nivelaciones salariales por cambios en la estructura de la planta de personal, se debe tener en cuenta cada nivelación salarial o se debe liquidar con el último salario en tal caso?

La liquidación deberá realizarse de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947. Cabe resaltar que la entidad territorial debió hacer la apropiación presupuestal correspondiente a cada anualidad.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

12.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"
2. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
3. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública
4. Consejo de Estado, Sala de Consulta Consejero Ponente: Doctor César Hoyos Salazar.

Radicación número 923.del 27 de noviembre de 1996 y en el mismo sentido se pronunció en consulta del 11 de noviembre de 1998, Consejero Ponente Cesar Hoyos Salazar radicado No 1156 de 1998.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:12:41