



Concepto 201221 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000201221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000201221

Fecha: 01/06/2022 05:11:01 p.m.

Bogotá D.C.

REF: PRESTACIONES SOCIALES. Solución de continuidad. RETIRO DEL SERVICIO. Indemnización. Rad: 20222060175942 del 26 de abril de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta sobre la posibilidad de contabilizar tiempo de trabajo en provisionalidad para efectos de indemnización por el retiro del servicio como empleada de carrera, al respecto es pertinente señalar:

Sea lo primero indicar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto 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 somos competentes para pronunciarnos la legalidad de las actuaciones de las entidades, estas declaraciones le corresponden a los Jueces de la República.

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 manera de información se enuncia lo siguiente:

El artículo 44 de la Ley 909 de 2004, en relación con los derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del empleo, señala:

“ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que 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, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante, lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará, además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.

Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

PARÁGRAFO 3. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones". (Negrita y subrayado fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala:

"ARTÍCULO 2.2.11.2.4 Indemnización. La indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los siguientes factores:

Asignación básica mensual correspondiente al empleo de carrera del cual es titular a la fecha de su supresión.

Prima técnica cuando constituya factor salarial.

Dominicales y festivos.

Auxilios de alimentación y de transporte.

Prima de navidad.

Bonificación por servicios prestados.

Prima de servicios.

Prima de vacaciones.

Prima de antigüedad.

Horas extras."

"ARTÍCULO 2.2.11.2.5 Pago de la indemnización. El pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma. En caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación.

(...)"

(Subrayado fuera del texto)

Conforme a la normativa señalada anteriormente, los empleados inscritos en carrera administrativa a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho:

- 1) Preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal.
- 2) De no ser posible la incorporación, pueden optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. De no ser posible la reincorporación, el empleado será indemnizado.

Respecto a la posibilidad de conceder una indemnización a los empleados provisionales, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, mediante EXP. No. 25000-23-25-000-2002-06727-01 (2279-2005) de marzo 12 de 2009, señaló:

"En esas condiciones, los funcionarios que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, así como los que desempeñen un cargo de carrera en provisionalidad no tienen derecho al pago de la indemnización por la supresión del cargo. Lo anterior, por cuanto el ingreso de dichos servidores a la administración pública no se realiza a través de concurso ni con el cumplimiento de etapas de evaluación, como sí ocurre con los empleados escalafonados. Su vinculación si bien es objetiva y selectiva, no obedece al principio de evaluación del mérito, sino a la confianza y discrecionalidad del nominador.

La indemnización busca resarcir el daño que el Estado le ocasiona al empleado público perteneciente a la carrera administrativa con ocasión de la supresión del cargo que venía desempeñando. Respecto a esta finalidad, la Corte Constitucional en sentencias C-370 de 1999 y T-512 de 2001, explicó:

"El deber de indemnizar encuentra fundamento constitucional, en el hecho de que el empleado público de carrera administrativa "es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta. Por lo tanto, esos derechos no son inmunes al interés público pues el trabajador, como el resto del tríplico económico del cual forma parte también la propiedad y la empresa- está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que su titular sufre en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo 20 transitorio de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C.N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado."

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en concepto de esta Dirección, se considera que no es procedente el reconocimiento y pago de una indemnización como consecuencia de la supresión de un cargo, en el cual el empleado está vinculado de manera provisional, por cuanto el pago de la indemnización sólo procede, de conformidad con la Ley, para aquellos funcionarios que tengan derechos de carrera administrativa, esto es, quienes estén inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa y quienes hayan superado el período de prueba, así no se haya surtido la formalidad de su inscripción en el registro, por cuanto lo que se indemniza es la pérdida de los derechos de carrera como consecuencia de la supresión del empleo.

Así las cosas, procede esta Dirección Jurídica a contestar sus interrogantes de la siguiente manera:

¿Por el hecho de haber cambiado de provisionalidad a carrera administrativa, existe solución de continuidad, teniendo en cuenta que si bien fue el mismo cargo, era un grado diferente?

R/ En el caso planteado, la intención del servidor público no es desvincularse del servicio sino del cargo en el cual está nombrado. Por lo tanto, aunque se presente la renuncia a un empleo, no hay retiro efectivo y definitivo del servicio.

¿Es posible que para efectos de indemnización, se pueda contabilizar el tiempo que ejercí en PROVISIONALIDAD en el cargo de Auxiliar Administrativa código 407 grado 09, teniendo en cuenta que posteriormente superé el concurso de méritos para el cargo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 16, y que en ambos ejercí como empleado público?

R/ en concepto de esta Dirección, se considera que no es procedente el reconocimiento y pago de una indemnización como consecuencia de la supresión de un cargo, en el cual el empleado está vinculado de manera provisional, por cuanto el pago de la indemnización sólo procede, de conformidad con la Ley, para aquellos funcionarios que tengan derechos de carrera administrativa, esto es, quienes estén inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa y quienes hayan superado el período de prueba, así no se haya surtido la formalidad de su inscripción en el registro, por cuanto lo que se indemniza es la pérdida de los derechos de carrera como consecuencia de la supresión del empleo.

¿De ser positiva la respuesta anterior, la indemnización debe ser liquidada con el último salario devengado?

R/ La indemnización se realiza sobre la asignación básica mensual establecida para el empleo de carrera del cual es titular en la fecha de supresión del cargo de carrera administrativa.

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

Proyectó: Juanita Salcedo Silva

Revisó: Harold Herreño S.

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:23:25