

**Función Pública**

Concepto 41191 de 2017 Departamento Administrativo de la Función Pública

20176000041191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20176000041191

Fecha: 17/02/2017 05:32:55 p.m.

Bogotá D.C.

REF. PRESTACIONES SOCIALES – EMPLEOS. Situaciones relacionadas con cambios de empleo, para servidores con las cesantías en el régimen retroactivo. RAD.20179000021852 de fecha 18/01/2017.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita concepto sobre situaciones particulares de servidores con nombramiento provisional y de carrera que cambian de empleo en la misma entidad o en otra, le informo que respecto a las cesantías de los empleados públicos, en nuestra legislación existen actualmente dos regímenes de liquidación, así:

El retroactivo y el anualizado, los cuales tienen características especiales; 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 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores del orden territorial vinculados antes del 30 de diciembre de 1996¹

El segundo, régimen de liquidación de cesantías por anualidad, de forma general aplicable a los empleados del orden nacional, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley 50 de 1990, pero con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se extendió a los públicos del orden territorial y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, lo cual cubre a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996, en el orden territorial, como ya se dijo.

De acuerdo con lo anterior, todos los empleados públicos, tanto del orden nacional y territorial cuentan con un régimen de cesantías diferenciado, para el territorio depende de la fecha en la cual se hayan vinculado a la Administración, de modo que existen los empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por retroactividad y los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por anualidad.

Ahora bien para analizar la procedencia en la continuidad en el régimen retroactivo de cesantías de un empleado, debemos examinar el término SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD, que según el Diccionario de la Lengua Española Tomo II, lo define 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 el Decreto 1160 de 1947 y 2567 de 1946, es posible señalar que el mismo no consagra la continuidad en materia de régimen de cesantías.

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 entidad² y no un fondo de cesantías y ello impide que pueda haber continuidad en el mantenimiento del régimen³; (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.”

Específicamente respecto de concursos de méritos que permitan el acceso a la carrera, esta Dirección Jurídica considera que si el empleado concursa y supera el concurso en la misma entidad tiene derecho a conservar el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, sin tener en cuenta el tipo de vinculación que tenga; carrera o nombramiento provisional Sin embargo, cuando se cambia de entidad, el empleado debe renunciar al anterior empleo, por lo que se rompe el vínculo laboral con la primera entidad, situación que hace cesar el régimen de cesantías retroactivas, por lo tanto no es posible conservar dicho régimen cuando se pasa de una entidad a otra, se reitera que dicha situación aplica independientemente del tipo de vinculación.

Por último, 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Revista Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 2009, Editorial LEGIS, Página 725.

² Ver arts. 1º de la ley 65 de 1946, 28 y 37 del decreto 3118 de 1968 y 32 del decreto 1453 de 1998.

³ 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.

Mercedes Avellaneda/

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:00:34