



Concepto 2375 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

SALA DE CONJUECES

Conjuez Ponente: Juan Pablo Cárdenas Mejía

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Número Único. 2375

Rad. No.: 11001-03-06-000-2018-00075-00

Sujeto que formula la consulta: Departamento Administrativo de la Función Pública

Referencia: Aplicación de la solución de continuidad y acumulación de tiempos de servicio en la Rama Judicial para efectos de liquidación de cesantías, vacaciones y otras prestaciones de los servidores judiciales.

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a la Sala sobre diversos aspectos relativos al reconocimiento y liquidación de cesantías anualizadas y reconocimiento y liquidación de otras prestaciones y factores de salario de la rama judicial.

A tal efecto, encuentra la Sala que la consulta se refiere, de una parte, a la liquidación de las cesantías anualizadas y, por la otra, de otras prestaciones y factores de salario de los servidores de la rama judicial, por lo cual procede la Sala a absolver las consultas formuladas respecto de cada uno de los dos temas planteados en la consulta.

1. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN CESANTIAS ANUALIZADAS

1.1 Antecedentes

La entidad consultante después de hacer referencia a los antecedentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales sobre reconocimiento y liquidación de cesantías señala que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial ha venido dando cumplimiento a la normatividad aplicable para la liquidación de cesantías, a saber, los artículos 1 O y 12 del Decreto 57 del 7 de enero de 1993, el Decreto 3118 de 1968 y el artículo 60 de la ley 432 de 1998, todos ellos entendidos dentro del marco constitucional y en especial lo previsto en el artículo 53 superior.

Agrega que la Contraloría General de la República en ejercicio de la interpretación normativa generada en el informe final como resultado de la Auditoría de reconocimiento, liquidación, pago de salarios y prestaciones sociales, considera que para la liquidación de cesantías debe

darse aplicación al Artículo 13 de la Ley 344 de 1996, por lo que se ha generado una disyuntiva que se considera debe ser abordada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en aras de unificar criterio con respecto al tema a nivel nacional,

Advierte que para el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, resulta de vital importancia dirimir la disparidad de criterios, que frente a este tema puntual se presenta en torno de la liquidación de las cesantías anualizadas de los servidores judiciales provisionales que se desvinculan de un cargo (ya sea por renuncia o por vencimiento de periodo), razón por la cual se solicita un pronunciamiento, con el fin de resolver los siguientes planteamientos:

"a) ¿Es aplicable la Ley 344 de 1996 para la Rama Judicial, cuando el Decreto 57 de 1993 señala que para la liquidación de cesantías se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985?

"b) ¿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?

"c) ¿Puede la entidad, de manera oficiosa liquidar las prestaciones sociales, cuando hay retiro del servicio? o ¿debe hacerlo solamente a petición de parte?"

Procede entonces la Sala a pronunciarse sobre las inquietudes planteadas.

1.2 CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.2.1 "a) ¿Es aplicable la Ley 344 de 1996 para la Rama Judicial, cuando el Decreto 57 de 1993 señala que para la liquidación de cesantías se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985?"

Como lo ha señalado esta Sala (Consulta 1448 de 2002): *"El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social"*

Igualmente esta Sala ha precisado (Concepto 1777 de 2006) que en materia de cesantías ha existido un *"régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, ..."* Dicho régimen fue modificado para la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del Decreto 3118 de 1968, que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a la misma, y para los servidores de la rama judicial por la ley 33 de 1985, la cual dispuso para los que se vincularán a partir del 1° de enero de 1985 un régimen de liquidación anual definitiva con intereses.

En esta materia el artículo 7° de la ley 33 de 1985 dispuso:

"Artículo 10. Las entidades que en la actualidad pagan cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del 1 o de enero de 1985. Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta concurrencia del valor de transferencias que éstas hubieren efectuado"

"Quienes a partir del 1 o de enero de 1985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contrataría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se registrarán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías" (se subraya).

De esta manera, a partir del 1 ° de enero de 1985, las personas que ingresen a la Rama Jurisdiccional, se rigen en materia de cesantía por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo adicionen y reglamenten.

Ahora bien, con posterioridad a dicha fecha, el Decreto 57 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de sus funciones legales y en desarrollo de las conferidas por el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, estableció una serie de normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y en su artículo 10 dispuso:

"ARTICULO 10. Las cesantías de los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial podrán ser administradas por las Sociedades cuya creación se autorizó en la Ley 50 de 1990 o por el Fondo Público que el Consejo Superior de la Judicatura señale. El Consejo Superior de la Judicatura establecerá las condiciones y requisitos para ello, en los cuales indicará que los recursos serán girados directamente a dichas Sociedades o Fondos".

Por su parte el artículo 12 del mismo Decreto dispuso:

"ARTICULO 12. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar que tomen la opción establecida en este Decreto o se vinculen por primera vez, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación y cualquier otra sobrerremuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas aquí mencionadas y a las cesantías se regirán por las disposiciones legales vigentes.

"Las cesantías se regirán por las normas establecidas en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten. con excepción del pago, el cual se regirá por lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 33 de 1985" (se subraya).

De esta manera, de conformidad con este Decreto, las cesantías de los servidores públicos de la rama judicial se sujetan al Decreto 3118 de 1968, que establece el pago anual y definitivo, y a las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, pero para su pago se aplica el artículo 7° de la ley 33 de 1985.

Ahora bien, la ley 344 de 1996 dispuso:

"ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

"a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

"b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

"PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. "

Desde esta perspectiva encuentra la Sala que el artículo 13 de la ley 344 de 1996, que es posterior al decreto 57 de 1993, complementa el régimen dispuesto por el Decreto 3118 de 1968 y tiene un alcance general, pues incluyó a todas "las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado" y sólo exceptuó "al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", por lo que claramente complementa el Decreto 3118 de 1968.

Por consiguiente a juicio de la Sala dicha norma también es aplicable a la rama judicial.

1.2.2 "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 20001 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 1° 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, v 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 v 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 1° 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 v 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 vello hace viable que se aplique el artículo 1° 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.

1.2.3 "c) Puede la entidad de manera oficiosa liquidar las prestaciones sociales, cuando hay retiro del servicio? O debe hacerlo solamente a petición de parte".

Entiende la Sala que la solicitud se refiere a las cesantías que son el objeto de la consulta y para ello considera lo siguiente:

En principio, corresponde al deudor cumplir las obligaciones que surgen a su cargo, y si para ello se requiere hacer una liquidación, el deudor debería proceder a hacerla para poder efectuar el pago. Por consiguiente, cuando un servidor público se desvincula de una entidad pública la misma debería proceder a hacer la liquidación correspondiente, sin que para ello sea necesario que el servidor público presente una solicitud en tal sentido.

Cosa distinta es que las normas contemplen plazos perentorios para que las entidades atiendan las solicitudes que se le presente, cuya omisión puede acarrear que la entidad quede en mora.

Así, la Ley 244 de 1995, tal como fue modificada por la ley 1071 de 2006, dispone:

"ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

"PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

"Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo." (se subraya)

"ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

"PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este."

Por consiguiente, considera la Sala que la entidad pública como deudor puede hacer las liquidaciones correspondientes a los funcionarios que se retiren, sin que se requiera solicitud de los mismos. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las normas correspondientes que fijan términos para resolver las solicitudes de liquidación que le presenten.

2 RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACION DE OTRAS PRESTACIONES Y FACTORES DE SALARIO

2.1 Antecedentes

Expresa la consultante que en materia de indemnización de vacaciones, la norma prevé la posibilidad de indemnizar hasta más de un período causado cuando se presenta el retiro del servicio, a la luz de lo señalado en el artículo 109 del Decreto 1660 de 1978, que indica que las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero cuando el nominador del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año, situación en la cual no se tiene derecho a devengar la prima de vacaciones.

Así mismo señala la citada norma que cuando un funcionario o empleado se retire definitivamente del servicio sin haber disfrutado las vacaciones causadas, procede su indemnización.

Por su parte, la Ley 995 de 2005, frente al reconocimiento de vacaciones no causadas en caso del retiro del servicio indica que se deben liquidar y cancelar en forma proporcional por el tiempo laborado.

Ahora bien, con relación con la prima de navidad, el artículo 32 del Decreto ley 1045 de 1968, dispone que cuando no se haya servido el año civil completo, el servidor tendrá derecho a la mencionada prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio que se liquida con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual si fuere variable.

Por su parte, la bonificación por servicios prestados creada para la Rama Judicial en el Decreto 247 de 1997, se reconoce en los términos establecidos en el artículo 45 y siguientes del Decreto Ley 1042 de 1978 y las normas que lo modifiquen o adicionen. A partir de la vigencia del Decreto No. 199 del 7 de febrero de 2014, la bonificación admite pago proporcional, cuando el servidor se retire del servicio sin haber cumplido el año continuo de servicios.

Con base en lo anterior plantea que cuando un servidor se retira del cargo en un Juzgado ya sea por renuncia o terminación de período de nombramiento, y se vincula al día siguiente, o antes de los 15 días hábiles en otro cargo dentro de la misma Rama Judicial, y solicita la liquidación de sus acreencias laborales, la cual fundamenta en el principio de favorabilidad, la Dirección Ejecutiva ha procedido a su reconocimiento y pago, apoyado adicionalmente en interpretaciones de la norma y en conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Añade la entidad consultante, que como resultado de la auditoría que realiza, la Contraloría General de la República en ejercicio de la interpretación normativa, en el informe final como resultado de la auditoría de reconocimiento, liquidación, pago de salarios y prestaciones sociales, objeta el procedimiento aplicado para el reconocimiento efectuado por la Rama judicial, de pago proporcional, al considerar que con dicho procedimiento se transgreden los artículos 10 y 26 del Decreto 1045 de 1978, por cuanto consideran que solo hay lugar al pago

proporcional o total cuando el servidor se retira definitivamente y no haya disfrutado de sus vacaciones.

Lo anterior ha generado diversas interpretaciones, por lo que se hace necesario plantear a la Sala de Consulta y Servicio Civil las siguientes preguntas:

"a) ¿Puede la Rama Judicial indemnizar las vacaciones causadas? o ¿Bajo el entendido que no hubo solución de continuidad podrá disfrutarlas en el nuevo cargo? Es decir, ¿No es procedente su pago en dinero como parte de una liquidación?

"b) ¿Es viable, en el caso planteado, liquidar además de las primas de navidad, de vacaciones, de servicio, la prima de productividad y la bonificación por servicios prestados, en forma o, por el contrario, dado que no hubo solución de continuidad, deben reconocerse y liquidarse en el nuevo cargo?"

"c) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula de un cargo y se vincula en uno de superior escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

"c) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula en uno de menor escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

2.2 Consideraciones de la Sala

Procede la Sala a resolver las inquietudes que la han sido formuladas.

2.2.1 "a) ¿Puede la Rama Judicial indemnizar las vacaciones causadas? o ¿Bajo el entendido que no hubo solución de continuidad podrá disfrutarlas en el nuevo cargo? Es decir, ¿No es procedente su pago en dinero como parte de una liquidación?

El artículo 20 del decreto 1045 de 1978 establece:

"ARTÍCULO 20.- DE LA COMPENSACIÓN DE VACACIONES EN DINERO. - Las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

"a. - Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año.

"b.- Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces."

De esta manera, la regla general es que las vacaciones serán compensadas en dinero, cuando el servidor público quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado las vacaciones.

No obstante en los casos en que el servidor se revincula antes de 15 días las disposiciones legales consagraban que en este caso no había solución de continuidad, por lo que se computaban todos los tiempos servidos. En efecto, el artículo 10 del decreto 1045 de 1978 disponía:

"ARTICULO 10. DEL TIEMPO DE SERVICIOS PARA ADQUIRIR EL DERECHO A VACACIONES. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o de este decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad"

Ahora bien, cabe preguntarse si la regla anterior fue modificada por la ley 995 de 2005 que en su artículo 1 ° dispone:

"Artículo 1 °. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado".

El punto ya fue abordado por esta Sala, la cual en concepto de 15 de noviembre de 2007 (Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00073-00(1848), concluyó que el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a partir de la vigencia de la ley 995 de 2005.

A tal efecto señaló esta Sala que el objeto de la ley 995 de 2005 *"es unificar para los sectores público y privado, el régimen legal de la compensación de vacaciones en el caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo, en el sentido de hacerla procedente independientemente del tiempo servido, con lo cual se modifica la forma de adquirir el derecho para efectos de su reconocimiento monetario."* Agregó entonces la Sala sobre la vigencia del artículo 10 del Decreto ley 1045 de 1978:

"Ahora bien, se inquiera en la consulta si la expedición de la ley 995 hizo perder la vigencia al artículo 10 del decreto ley 1045 de 1978 que preveía la acumulación de tiempos de servicio prestados a distintos organismos para efectos de configurar las condiciones temporales para tener el derecho a las vacaciones, razón por la que debe establecerse si la regulación de la compensación proporcional por la nueva disposición, implica la derogatoria tácita del mencionado artículo 10.

"La adición de los tiempos servidos a distintos organismos era una forma de garantizar tanto el disfrute efectivo del descanso remunerado, como su posible compensación en dinero, de manera que al retiro de un funcionario de una entidad, el tiempo servido menor a once meses sin disfrute de vacaciones se podía acumular con el de la siguiente entidad, y de esa forma no se perdía con el cambio de trabajo. De no haber sido así, cada vez que un funcionario cambiaba de entidad, debía comenzar a contar el tiempo para las vacaciones, situación no deseada por el legislador.

"Es claro para la Sala que la ley 995 de 2003. garantiza el derecho al reconocimiento v pago compensado de las vacaciones sin consideración a un mínimo de tiempo servido, de modo que no se justifica la sumatoria de tiempos prevista en el artículo 10 del decreto ley 1045 de 1978, pues en todo caso de retiro o cambio de entidad procede la compensación monetaria del derecho.

"Así por ejemplo, el servidor que termina su relación con una determinada entidad pública y se vincula a otra, así haya laborado dos, tres o siete meses, tiene garantizado el derecho a la compensación dineraria al amparo de la nueva ley, situación que no ocurría en vigencia de los artículos 10 y 21 del decreto ley 1045, pues se requería para adquirir el derecho a las vacaciones, haber cumplido un mínimo de once meses de servicios. Es evidente que el criterio que informa el nuevo régimen de compensación monetaria, desecha el supuesto de la causación anual del derecho a las vacaciones sobre el que se edificaba en la normativa precedente, pues el reconocimiento económico se hace sobre la parte proporcional del tiempo laborado."

Por lo anterior concluyó:

"1. Cuando se produce el retiro de un servidor de una entidad, debe procederse al pago de la compensación en dinero de las vacaciones en forma proporcional al tiempo laborado. Por tanto, no es viable acceder a la petición del servidor que solicite que no se le compensen en dinero por continuar vinculado a otra entidad del Estado."

De lo anterior concluye la Sala que si se produce el retiro del servidor, lo que procede es el pago proporcional de las vacaciones en la forma prevista por la ley 995 de 2005, sin que pueda alegarse que no existe solución de continuidad y por ello se disfrutarán en el nuevo empleo.

2.2.2 "b) ¿Es viable, en el caso planteado, liquidar además de las primas de navidad, de vacaciones, de servicio, la prima de productividad y la bonificación por servicios prestados, en forma proporcional o, por el contrario, dado que no hubo solución de continuidad, deben

reconocerse y liquidarse en el nuevo cargo?"

A tal efecto, entiende la Sala que la pregunta se refiere a la prima de productividad y la bonificación por servicios prestados.

La bonificación por servicios prestados fue creada por el Decreto 247 de 1997, el cual dispuso que la misma se reconoce "en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto-ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen".

Ahora bien, el artículo 45 del Decreto-ley 1042 de 1978 dispone:

"Artículo 45°. - De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1.

"Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

"Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

"Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

"La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa."

De esta manera, las normas de la bonificación por servicios prestados contemplan claramente la posibilidad de acumular tiempo de servicios cuando no hay solución de continuidad, por lo que no procedería su liquidación al terminar la relación si el servidor de la rama se posesiona en otro cargo de la misma antes de que transcurran quince días hábiles.

Ahora bien, cabe preguntarse si dicha conclusión se ve afectada por razón de lo dispuesto en el Decreto 199 de 2014, el cual en el parágrafo de artículo 10 dispuso:

"PARAGRAFO. El empleado que al momento del retiro no haya cumplido el año continuo de servicios, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la bonificación por servicios prestados. "

En este punto considera la Sala que la modificación realizada por el Decreto 199 de 2014 claramente influye en la forma como debe liquidarse la prestación.

En efecto, como lo señaló la Sala, en el concepto 15 de noviembre de 2007 (Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00073-00(1848) en relación con las vacaciones, "La adición de los tiempos servidos a distintos organismos era una forma de garantizar tanto el disfrute efectivo del descanso remunerado, como su posible compensación en dinero, ... ", pero al garantizar la ley 995 "el derecho al reconocimiento y pago compensado de las vacaciones sin consideración a un mínimo de tiempo servido, ... no se justifica la sumatoria de tiempos prevista en el artículo 10 del decreto ley 1045 de 1978, pues en todo caso de retiro o cambio de entidad procede la compensación monetaria del derecho".

En el presente caso, la adición de tiempos era una forma de garantizar el pago de la bonificación por servicios, pero al establecerse por el Decreto 199 de 2014 que cuando el servidor se retira antes de un año, tiene derecho al pago proporcional, carece de sentido la posibilidad de acumular tiempos de servicio.

En cuanto se refiere a la prima de productividad, la misma fue creada por el decreto 2460 de 2006 que en su artículo 2 estableció:

"Artículo 2º. Para obtener el derecho a devengar la prima de que trata este decreto, el empleado deberá haber prestado de manera continua sus servicios durante el respectivo año.

"Tendrán derecho al pago proporcional de esta prima quienes hayan prestado sus servicios, de manera continua o discontinua, por un lapso no inferior a seis meses durante el respectivo año."

Esta última disposición fue modificada por el decreto 3899 de 2008 que estableció:

"ARTÍCULO 2º. 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. "

Como se puede apreciar, el Decreto 3899 de 2008 estableció que el derecho al pago de la prima opera cuando se han prestado servicios de manera continua o discontinua, por lo menos por tres meses durante el semestre.

Como la norma regula expresamente la posibilidad de que el servicio sea continuo o discontinuo el criterio a tomar en cuenta es si se ha completado el plazo de tres meses contemplado por la norma.

2.2.3 "c) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula de un cargo y se vincula en uno de superior escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

Es claro que en los casos en que legalmente para efectos de una determinada prestación es posible acumular tiempos en dos cargos en la rama judicial, cuando el servidor que se retira de un cargo se vincula a otro de una escala salarial superior, al liquidar la prestación respectiva, deberán tomarse en cuenta los factores salariales y prestacionales existentes al momento y en la forma dispuesta por la ley para liquidar la correspondiente prestación.

2.2.4 "d) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula en uno de menor escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

En relación con este punto considera la Sala que si el servidor se desvincula y se vincula nuevamente a un cargo de menor escala salarial sin que medie solución de continuidad, cuando deba liquidarse la prestación respectiva, ello debe hacerse con estricta sujeción a las normas que la rigen que pueden imponer tomar en cuenta la última asignación u otra base, sin que en este punto pueda alterarse la regla legal por el hecho de que con anterioridad haya tenido un cargo con una mayor asignación.

Remítase al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente de la Sala de Conjueces

HERNANDO HERRERA MERCADOJUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

Conjuez

Conjuez

LUCIA MAZUERA ROMERO

Secretaria

08 OCT 2018 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO DE FECHA 2 DE OCTUBRE DE 2018

Fecha y hora de creación: 2022-05-26 19:24:13