

 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

CONCEJO DE BOGOTÁ 27-02-2019 02:47:56  
 Al Contestar Cite Este Nr.:2019IE2876 O 1 Fol:4 Anex:0  
 Origen: Sd:104 - DIRECCION JURIDICA/PINZON GALINDO LUIS  
 DIRECCION ADMINISTRATIVA/PALMARINY PEÑARANDA PAO  
 CONCEPTO JURIDICO LIQUIDACIÓN CESANTIAS DEFINITIVA  
 PROY. ANGEL BORDA

### CONCEPTO

PARA : EFVANNI PAOLA PALMARINY PEÑARANDA  
 Directora Financiera

DE : Director Técnico Jurídico

ASUNTO : Concepto Liquidación de Cesantías Retroactivas.

En cumplimiento de las funciones asignadas por la Resolución 514 de 2015 **"POR LA CUAL SE ACTUALIZA EL MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES PARA LOS EMPLEOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DEL CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C."**, y en atención a la solicitud presentada mediante memorando del 12 de febrero de 2019, por la Dra. EFVANNI PAOLA PALMARINY PEÑARANDA Directora Administrativa (e) de la Corporación, acerca de indicar la directriz para el pago de la liquidación de cesantías retroactivas; esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos:

#### 1. SITUACIÓN PLANTEADA

La funcionaria Claudia Castro Rodríguez, se posesionó en periodo de prueba en la Corporación el día 01 de octubre de 2018, con ocasión al concurso de méritos efectuado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Convocatoria 431 de 2016 – Distrito Capital. La citada funcionaria pertenece al régimen de retroactividad de cesantías y mediante comunicación IE-107 del 09 de enero de 2019, solicitó retiro parcial.

Conforme a anterior, se solicita establecer quien debe hacerse cargo del pasivo correspondiente a la retroactividad de las cesantías.

#### 2. NORMATIVIDAD APLICABLE

##### 2.1 FUNDAMENTO LEGALES

Ley 6 de 1945. *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*

Decreto 1160 de 1947. *"Sobre auxilio de cesantía"*

Decreto 2567 de 1946. *"Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales"*.

2.1.1. Artículo 1º del Decreto 2567 de 1946: *"El auxilio de cesantías a que tenga derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo*



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

*o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menos de doce meses.*

*Parágrafo. Las liquidaciones de cesantías efectuadas con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, cuando se hayan hecho con sujeción a disposiciones legales o reglamentarias, entonces vigentes, no darán lugar a reclamación alguna contra tales entidades, instituciones o empresas oficiales”.*

2.1.2. Decreto 1160 de 1974. Artículo 1º. *“Los Empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalonados en carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1º de enero de 1942”.*

2.1.2.1 Artículo 2º. *“Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarias 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 celebración de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado”.*

2.1.2.2. Artículo 6º. *“De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantías a que tenga derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendencias, comisaria les, 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 últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo de vengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”.*

2.1.3. Artículo 13 de la Ley 344 de 1996: *“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 anualidad o por fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

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



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

2.1.4. Artículo 2° del Decreto 1262 del 2000: *“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”.*

### 3. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

3.1 Sentencia C-428/97 Magistrado Ponente: JOSE GREGORIO HERNANDEZ: El cual manifestó: *“El régimen de cesantías resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas. Se cambió, pues, por el legislador -que era quien podía hacerlo- el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público, pero no aparece por tales razones violado precepto constitucional alguno, en cuanto no se afectaron los derechos adquiridos de los trabajadores (la norma surte efectos hacia el futuro); no se rompió la unidad de materia exigida por la Carta; no se vulneró el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; no se sustituyó al Gobierno en el ejercicio de una función que fuera propia de él y, por el contrario, se circunscribió el Congreso a establecer reglas propias de su competencia”.*

3.2. Decreto 1252 de 2000. *“Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública”.*

### 4. FUNDAMENTO DOCTRINALES

4.1. Concepto Marco 02 de 2014 departamento administrativo de la función pública, capítulo V. Auxilio de Cesantías, numeral 17. *“En atención a las características de las cesantías, las normas que regulan no contemplan la solución de continuidad, por lo cual, al pasar de una entidad pública a otra, será necesario que la entidad de la que se retira el servidor liquide la fracción del año correspondiente al momento del retiro y lo mismo deberá realizar la entidad con la cual se produce la nueva vinculación.”*

Numeral 18. *“Respecto del concurso de méritos en carrera administrativa, esta Dirección Jurídica considera que, si el empleado concursó y supera el concurso en la misma entidad tiene derecho a conservar el régimen de cesantías con liquidación retroactiva. Sin embargo, cuando se cambia de entidad, no es posible conservar dicho régimen por cuanto el manejo presupuestal entre entidades públicas es independiente.”*



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

*Por lo anterior y teniendo en cuenta lo señalado, una vez el empleado supere el respectivo concurso y sea nombrado en periodo de prueba en una entidad distinta a la cual pertenece, empezará a percibir la asignación, elementos salariales y prestacionales a los que tiene derecho, en esa misma entidad; teniendo en cuenta lo anterior en el caso del auxilio de cesantías su liquidación será bajo el régimen anualizado y se consignaran en el fondo de administración de cesantías que el empleado elija.*

Numeral 19. *"Al ser la "no solución de continuidad" una situación excepcional, mientras no se encuentre expresamente prevista su procedencia, no es aplicable la misma, así se cumpla la condición de no haber transcurrido más de quince días entre el retiro del empleado y su nueva vinculación con la Administración.*

*Teniendo en cuenta lo señalado, le informo que las normas que regulan los regímenes de cesantías existentes – anualizado y retroactivo- no contemplan la solución de continuidad para el pago de dicha prestación por lo cual, en concepto de esta Dirección jurídica, las cesantías deberán ser canceladas por la entidad anterior hasta su causación y el Departamento Nacional de Planeación deberá a su vez cancelar las que se causen desde el momento de la vinculación, atendiendo a las características del régimen en el que se encuentran los servidores."*

## 5. CONSIDERACIONES

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 6 de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 1º y 2º 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 1996.

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 empleados públicos del orden territorial y consiste en que el empleador al 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 a lo anterior, todos los empleados públicos, tanto del orden nacional y territorial cuentan con un régimen de cesantías diferenciado, para el territorio depende de



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

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 de 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 continua, 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 debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones 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:

- a. 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.
- b. 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



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

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.

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

*“Es claro que: (i) el pago de cesantías retroactivas correspondía a la Caja Nacional e Previsión, y con el artículo 7º de la ley 33 de 1985 esa obligación la asumieron directa mente las empleadoras; (ii) las cesantías retroactivas las paga al momento del retiro del servicio del empleado, la respectiva entidad y no un fondo de cesantías y ello impide que pueda haber continuidad en el mantenimiento del régimen; (iii) el servidor público que obtiene un ascenso de cargo o previo concurso es nombrado – en periodo 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 periodo 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.”*

Para el caso en concreto, tenemos que la señora CLAUDIA CASTRO RODRIGUEZ, ostenta derechos de carrera del empleo Técnico Operativo, Código 314, Grado Salarial 314 perteneciente a la planta de empleos de la Secretaria Distrital de Gobierno desde el 9 de mayo de 1990; y fue nombrada a partir del 01 de octubre de 2018 en ascenso en periodo de prueba, en el empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado Salarial 03 en el Concejo de Bogotá D.C., por el termino de seis (6) meses.

Tenemos el concepto 181861 de 2017 Departamento Administrativo de la Función Pública. **Comisión de Servicios.** *“La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o*

6



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

*seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.*

*Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.*

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, en relación con el periodo de prueba, indica:

**“ARTÍCULO 2.2.6.26.** *Cuando un empleado con derechos de carrera supere un concurso será nombrado en ascenso en periodo de prueba por el término de seis (6) meses. Si supera este periodo satisfactoriamente le será actualizada su inscripción en el registro público. Mientras se produce la calificación del periodo de prueba, el cargo del cual es titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional, conforme con las reglas que regulan la materia.”*

De acuerdo con lo anterior, tenemos que cuando un empleado con derechos de carrera administrativa supera un concurso de méritos, este nombramiento se toma como un ascenso en la carrera administrativa, y el empleado tiene la opción de regresar al empleo del cual es titular, en caso de no superar el periodo de prueba respectivo. Por consiguiente, y como en el cargo del cual es titular, se presenta una vacancia temporal la misma, podrá ser provista por encargo o mediante nombramiento provisional; una vez el empleado supere el periodo de prueba se da su retiro definitivo de la entidad en la que inicialmente se encontraba vinculado. Es así como, los empleados que tienen derechos de carrera administrativa y superan un concurso de méritos en otra entidad, tienen derecho a conservar su empleo mientras superan el periodo de prueba y por tal razón la figura a la que se acude es la declaración de la vacancia temporal del empleo del cual son titulares; es decir, continúan con la titularidad del cargo hasta tanto adquieren derechos sobre el nuevo empleo, de modo que no procede la liquidación de los elementos salariales y prestacionales hasta tanto se supere el periodo de prueba.

Así las cosas, tenemos que la señora CLAUDIA CASTRO RODRIGUEZ, se encuentra en una situación especial administrativa como lo es ascenso en periodo de prueba, mas no se encuentra en una comisión para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado Salarial 03 en el Concejo de Bogotá D.C., como inicialmente lo certificó la Directora de Gestión del Talento Humano de la Secretaria Distrital de Gobierno.

**5. CONCLUSIÓN**

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se considera que si el funcionario participa y supera el concurso de méritos en la misma entidad donde se encuentra vinculado, 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,



 <b>CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.</b>	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJ-PR001-FO1
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 00
		FECHA: 11 SEP. 2013

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, 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. Tenemos que la funcionaria se encuentra en la actualidad nombrada en ascenso en periodo de prueba en el cargo Profesional Universitario, Código 219, Grado Salarial 03 en el Concejo de Bogotá D.C. y su cargo del cual es titular, se encuentra en vacancia temporal en la Secretaría Distrital de Gobierno y una vez supere el periodo de prueba se dará su retiro definitivo de la entidad o en caso de no superarlo, regresará al cargo del cual ostenta derechos de carrera.

Por lo anterior, quiere decir que la señora CLAUDIA CASTRO RODRIGUEZ pasó de una entidad a otra, como lo fue de la Secretaría Distrital de Gobierno al Concejo de Bogotá, D.C., y teniendo en cuenta lo señalado, las normas que regulan los regímenes de cesantías existentes – anualizado y retroactivo- no contemplan la solución de continuidad para el pago de dicha prestación por lo cual y en concordancia con lo estipulado en el Concepto Marco 02 de 2014 y concepto del Concejo de Estado 2006-00095 del 15 de noviembre de 2006, la entidad de la que se retiró debe liquidar las cesantías en la fracción del año correspondiente al momento del retiro, por ello, la solicitud de retiro parcial de las cesantías la tiene que realizar ante la Secretaría Distrital de Gobierno, quien deberá hacerse cargo del pasivo correspondiente a la retroactividad de las cesantías.

Así las cosas, las cesantías deberán ser canceladas por la entidad anterior hasta su causación y el Concejo de Bogotá, D.C., deberá a su vez cancelar las que se causen desde el momento de la vinculación, atendiendo a las características del régimen en el que se encuentran los servidores. Teniendo en cuenta lo señalado, una vez la funcionaria fue nombrada en ascenso en periodo de prueba en el Concejo de Bogotá, D.C., entidad distinta a la cual pertenece, empezó a percibir la asignación, elementos salariales y prestacionales a los que tiene derecho, sin embargo, frente al régimen de cesantías por cambio de entidad, no es posible conservarlo por cuanto el manejo presupuestal entre entidades públicas es independiente.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



**LUIS FERNANDO PINZÓN GALINDO**  
 Director Técnico Jurídico

Elaboró: Ángel Mauricio Borda S.  
 Asesor Dirección Jurídica 

