



* 2 0 1 5 6 0 0 0 1 0 6 5 6 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20156000106561
Fecha: 07/07/2015 11:10:37 a.m.

Bogotá D.C.

Señora

MONICA VALENCIA CHARRY

monyvalencia@mail.com

REF: PRESTACIONES SOCIALES.- Pago de prestaciones sociales y elementos salariales como consecuencia del retiro del servicio y vinculación a otra entidad del estado. **Rad. No. - 20159000086162** del 6 de mayo de 2015.

Respetada Señora, reciba un cordial saludo.

En atención a su oficio de la referencia, mediante el cual consulta si la Fiscalía General de la Nación le debe tener en cuenta el tiempo de vinculación en la Defensoría del Pueblo, para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y elementos salariales, me permito señalar lo siguiente:

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con la Constitución Política, el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación y por el Defensor del Pueblo, entre otros (Art. 118 de la C.P.), y el Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público (Art. 281 de la C.P.).

Ahora bien, 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.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que 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.

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.

Para el caso en consulta, en virtud de su retiro de la Defensoría del Pueblo y su vinculación a la Fiscalía General de la Nación, se considera que la primera de dichas entidades le deberá reconocer en forma proporcional las prestaciones sociales y elementos salariales, causadas hasta el momento de su retiro para iniciar una nueva relación laboral con la Fiscalía General de la Nación.

2.- Con respecto a la operancia de no solución de continuidad entre entidades en el tema de Vacaciones, Prima de Vacaciones y Bonificación especial de Recreación, es necesario precisar que el Artículo 1 de la Ley 995 de 2005 incorporó al sistema laboral administrativo el pago proporcional de las vacaciones, así:

"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."
(Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo antes expuesto, al darse el retiro de un empleado de una entidad estatal, independientemente de su nueva vinculación, es deber de la entidad de la cual se retira, reconocer y pagar proporcionalmente las vacaciones, de acuerdo con el tiempo laborado. En el caso de darse una nueva vinculación, a partir de ese momento se empieza a contar el tiempo que establece la ley para efectos de generar el derecho a las vacaciones.

En relación con la solución de continuidad y el alcance del artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de noviembre 15 de 2007, señaló lo siguiente:

"La figura de la "no solución de continuidad", descrita en el artículo 10 del decreto 1045 de 1978, tuvo aplicación en nuestro sistema por cuanto no existía norma que permitiera el pago proporcional de las vacaciones y de la prima de vacaciones de los empleados públicos al momento de su retiro de una entidad estatal con el fin de que no perdiera ese tiempo de servicios. Con la expedición de la Ley 955 de 2005 y el decreto 404 de 2006, que incorporaron al sistema laboral administrativo el pago proporcional de dichas prestaciones, pierde vigencia dicha disposición."
(Subrayado fuera de texto)

En ese sentido, cuando se produce el retiro de un empleado de una entidad, se debe pagar la compensación en dinero de las vacaciones en forma proporcional al tiempo laborado y, por lo tanto, en la nueva entidad se empieza a contar el tiempo para obtener el derecho a las vacaciones a partir de la posesión.

De lo anterior puede colegirse que una vez se retire definitivamente de la Defensoría del Pueblo

se aplicará lo preceptuado en la Ley 995 de noviembre 10 de 2005, toda vez que ésta hace referencia al reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo, tanto para los servidores del sector público, como para los trabajadores del sector privado, quienes tendrán derecho a que éstas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

Cabe anotar, que el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil mediante Radicación No. 1848 de noviembre 15 de 2007, frente a la viabilidad de acumular tiempo de servicio entre entidades públicas para el pago de vacaciones y la aplicación del artículo 10 del decreto 1045 de 1978 y de la Ley 995 de 2005, señaló:

"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 de servidor que solicite que no se le compensen en dinero por continuar vinculado a otra entidad del Estado.

4. y 5. En el caso del pago proporcional de las vacaciones por retiro del servidor, no es factible dar aplicación al artículo 10 del decreto 1045 de 1978 y, en consecuencia, en la nueva entidad a partir de la posesión se empieza a contar el tiempo para obtener el derecho a las vacaciones."

De lo anterior se concluye que cuando se produce el retiro de un empleado de una entidad, se debe pagar la compensación en dinero de las vacaciones en forma proporcional al tiempo laborado y, por lo tanto, en la nueva entidad se empieza a contar el tiempo para obtener el derecho a las vacaciones a partir de la posesión.

En ese orden de ideas, con la expedición de las norma anteriormente citadas no es procedente aplicar la "no solución de continuidad" para efectos de reconocer las vacaciones, la prima de vacaciones y bonificación por recreación; de esta forma, estas prestaciones se reconocerán de forma proporcional al tiempo laborado en cada entidad.

3.- Con respecto a la Prima de Navidad, el artículo 35 de Ley 24 de 1992 estableció:

"Los funcionarios y empleados de la Defensoría del Pueblo tendrán el mismo régimen salarial y prestacional de la Procuraduría General de la Nación y estarán amparados contra los riesgos por muerte violenta en el desempeño de sus funciones, en las mismas condiciones de los Magistrados y Jueces de la República. De acuerdo con lo anterior, la figura de la no solución de continuidad no opera, sino que la norma establece el pago proporcional de la prima de navidad; es decir, cuando un servidor no hubiere laborado el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, que se liquidará con base en el último salario devengado."

Es así como, los empleados de la Defensoría del Pueblo, tienen derecho al mismo régimen salarial y prestacional de la Procuraduría General de la Nación y en tal sentido en cuanto a la prima de navidad el artículo 193 de la ley 201 de 1995, consagra:

"ARTÍCULO 193. PRIMA DE NAVIDAD. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un mes de sueldo que corresponda al cargo en 30 de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

PARAGRAFO.- Cuando un servidor no hubiere laborado el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, que se liquidará con base en el último salario devengado."

De tal manera, que la norma trascrita establece el pago de la prima de navidad cuando el empleado no ha prestado sus servicios por el año civil completo al momento de su retiro de la entidad, norma que es de aplicación a los empleados que prestan sus servicios en la Defensoría del Pueblo, para lo cual se deberá reconocer la misma en forma proporcional, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, que se liquidara con base en el último salario devengado.

4.- Frente a la liquidación del Auxilio de Cesantía, y como quiera que estas se generan a la fecha de su retiro, será la Defensoría del Pueblo la entidad que le deberá reconocer y pagar las mismas durante su relación laboral y en la Fiscalía General de la Nación se generaran las mismas a partir de su nueva vinculación.

5.- En relación con elementos salariales como la Prima de Servicios el Decreto 1306 del 6 de julio de 1978, señala:

"Artículo 3o. "El artículo 24 del Decreto 717 de 1978, quedará así:

"Artículo 24. Del pago proporcional de la prima de servicio. Cuando el funcionario o empleado no haya trabajado el año completo en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público, tendrá derecho al pago proporcional de la prima de servicio, a razón de una doceava parte de su valor por cada mes completo de trabajo y siempre que hubiera servido por lo menos seis meses." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Respecto al pago de la prima de servicios, se considera que la norma contempla el pago proporcional si el funcionario o empleado no ha trabajado el año completo en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público, a razón de una doceava (1/12) parte de su valor por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido por lo menos seis meses.

Para tal efecto, se considera que la Defensoría del Pueblo debe reconocerle de manera proporcional lo correspondiente al citado emolumento.

6.- Frente a la inquietud sobre la bonificación por servicios prestados, el Decreto 1210 de 1997¹ señala:

"Artículo 1º. Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto ley número 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1º de enero de 1997;(..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De tal manera que en Artículo 45 del decreto 1042 de 1978 estableció:

1 "Por el cual se crea la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo".

"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 1o.

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

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.

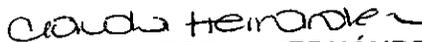
Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

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

No obstante, dicha norma fue modificada por el artículo 10° del Decreto 1101 de 2015, el cual consagra que "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", y por lo tanto al momento del retiro de la Defensoría del Pueblo, se le deberá reconocer y pagar la parte proporcional de la bonificación por servicios prestados.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Liliana Miranda/JFCA
600.4.8