



Concepto Sala de Consulta C.E. 1848 de 2007 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación No. 1.848

Referencia: Viabilidad de acumular tiempo de servicio entre entidades públicas para pago de vacaciones. Pago compensado proporcional. Aplicación del artículo 10 del decreto 1045 de 1978 y de la ley 995 de 2005.

[Ver el Concepto de la Sec. General Alcaldía Mayor 049 de 2007](#)

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Fernando Grillo Rubiano, a solicitud del Personero encargado del Distrito Capital, formula una consulta a la Sala sobre la compensación proporcional de vacaciones no disfrutadas por servidores públicos que se retiran del cargo, la responsabilidad de su pago cuando se han prestado servicios a varias entidades y, la viabilidad de su acumulación en caso de comisión de servicios.

A título de antecedente se hace mención a los artículos 8° y 10° del decreto 1045 de 1978 en cuanto prevén el derecho a disfrutar de vacaciones y la posibilidad de acumular tiempos servidos a varios organismos, siempre que no se presente solución de continuidad, al igual que a la ley 955 de 2005 que hace posible la compensación de manera proporcional al tiempo efectivamente laborado, en relación con lo cual estima que *"De lo anterior, se considera que 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 perdieran ese tiempo de servicios. Con la expedición de la Ley 955 de 2005 y el decreto 404 de 2006, que incorporan al sistema laboral administrativo el pago proporcional de dichas prestaciones, pierde vigencia dicha disposición"*.

Expresado el anterior criterio, el Señor Director formula los siguientes interrogantes:

"1. Cuándo se produce el retiro de la entidad es obligación efectuar el pago proporcional de las vacaciones, o el empleado puede solicitar que no se le efectúe dicho pago porque va a continuar vinculado con la administración pública sin solución de continuidad? Es viable acceder a esta petición?

2. En el evento en que la respuesta sea positiva, la entidad en la cual va a causar el derecho tiene que responder por el pago de toda la prestación, independientemente del tiempo laborado en ésta, o debe repetir contra la otra entidad para efectos de que se reconozca proporcionalmente el valor de la prestación, teniendo en cuenta el tiempo servido?

3. Si la respuesta es afirmativa, por qué valor debe responder la entidad donde se prestó el servicio si el nuevo empleo tiene un salario superior y las vacaciones se liquidan con el salario que se está percibiendo en el momento del disfrute?

4. En el caso del pago proporcional de las vacaciones por retiro del empleado se debe entender que no es viable dar aplicación al artículo 10 del decreto 1045 de 1978 y, por este hecho, en la nueva entidad se empieza a contar el año de servicios que establece la ley para todos los efectos de causar el derecho a la citada prestación social?

5. En el caso anterior, al proceder el pago proporcional de las vacaciones, y una vinculación sin solución de continuidad en otra entidad, que sucede con el descanso como elemento de tal derecho?

6. Teniendo en cuenta que la comisión para ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción, consagrada en el artículo 26 de la ley 909 de 2004, no conlleva el retiro del servicio, es viable acumular el tiempo laborado entre entidades con el fin de causar el derecho a las vacaciones?

7. En el caso anterior, si el empleado tiene causados varios períodos de vacaciones en el momento de iniciar la comisión, y como esta situación no conlleva el retiro del empleado, ni se otorga por necesidades del servicio, no procediendo, por lo tanto, la compensación en dinero de tal derecho en los términos del artículo 20 del decreto 1045 de 1978, qué entidad lo debe reconocer con el fin de que éste no prescriba, si se acude

a la prórroga para un total de 6 años de comisión?"

[Ver el Concepto del D.A.S.C. 2954 de 2005](#)

Para responder la Sala Considera:

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, es menester analizar las normas que venían regulando el derecho al pago compensado de las vacaciones con anterioridad a la expedición de la ley 995 de 2005 y la acumulación de tiempos de servicio para el pago de vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales contenidas principalmente en el decreto ley 1045 de 1978, así como el efecto que sobre ellas tiene la nueva ley 995 que consagra la compensación monetaria de las vacaciones de manera proporcional al tiempo laborado, con el fin de establecer si perdió vigencia la computación de tiempos de servicios prestados a varias entidades.

1. El derecho a las vacaciones y su compensación en caso de retiro del servicio regulada por el decreto ley 1045 de 1978.

Conforme al artículo 8° del decreto ley 1045 de 1978, los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que dispongan normas o estipulaciones especiales.

Por principio, las vacaciones se encuentran previstas en la legislación para su disfrute efectivo con la finalidad de permitirle al trabajador recuperar las energías gastadas en el desempeño del trabajo, con sustento en la protección constitucional al trabajo y con el objeto de garantizar el derecho al descanso remunerado (artículos 25 y 53 de la Constitución Política), lo cual supone no solamente la disposición del tiempo de los 15 días hábiles para el descanso, sino la percepción de la remuneración ordinaria que viene recibiendo como retribución por sus servicios, incluso con antelación a su goce.

Parar efectos del tiempo de servicios requerido para obtener el derecho a las vacaciones, el artículo 10 previó:

"Artículo 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 2° 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".

Este precepto ordena computar el tiempo prestado por el servidor a distintos organismos para efectos de configurar las condiciones temporales de causación del derecho a las vacaciones, lo cual hace posible con la sumatoria que dicha acumulación implica, acceder al derecho consistente en disfrutar del descanso.

Si bien el derecho a las vacaciones pretende garantizar el disfrute del descanso remunerado, el legislador regula con carácter excepcional¹ algunos eventos de compensación en dinero, en relación con la cual es procedente citar, particularmente en cuanto al sector oficial, el segundo inciso del artículo 10 del decreto ley 3135 de 1968 al disponer que "*Es prohibido compensar las vacaciones en dinero...*", reglamentado por el artículo 47 del decreto 1848 de 1969, y en la normatividad actualmente vigente, el artículo 20 del decreto ley 1045 de 1978, que dice:

"Artículo 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo 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."

Conforme a lo hasta aquí expuesto, es clara la posibilidad de compensación de las vacaciones causadas, esto es, cuando se ha prestado el servicio por un año, tiempo necesario para adquirir el derecho conforme a la regla general prevista en el artículo 8° del mismo decreto, el cual podía completarse con la acumulación de tiempo servido en varias entidades conforme al artículo 10°.

Para la aplicación del régimen de compensación de las vacaciones inicialmente previsto, el decreto ley 1045 de 1978 consagró una ficción legal de reconocimiento del derecho faltando 30 días o menos para el año de servicio en el artículo 21, que es del siguiente tenor:

"Artículo 21. Del reconocimiento de vacaciones no causadas en caso de retiro del servicio. Cuando una persona cese en sus funciones faltándole treinta días o menos para cumplir un año de servicio, tendrá derecho a que se le reconozcan y compensen en dinero las correspondientes vacaciones como si hubiera trabajado un año completo."²

Conforme a esta disposición el derecho a la compensación de las vacaciones se configuraba para efectos de su pago en dinero, a pesar de no haberse completado el tiempo de un año de servicio, siempre que se hubiese laborado por lo menos once meses. Esta regla contenía una desproporción, si se comparaba con el Código Sustantivo del Trabajo, que requería como mínimo de seis meses para la compensación en dinero de las vacaciones de los trabajadores regidos por este estatuto. Esta diferencia de trato dio origen a la ley 995 de 2005, que se analiza mas adelante.

Establecido el objeto y la finalidad del derecho a disfrutar del descanso remunerado garantizado constitucional y legalmente, así como el carácter excepcional y restringido de la compensación de las vacaciones el cual exigía un tiempo mínimo de 11 meses para entender adquirido el derecho, pasa la Sala a analizar su regulación actual contenida en la ley 995 de 2005 en caso de retiro del servidor, como quiera que la consulta plantea la pérdida de vigencia de la acumulación de los tiempos de servicio prevista en el artículo 10 del decreto ley 1045 de 1978.

2. La ley 995 de 2005 regula la compensación proporcional de vacaciones en caso de retiro del servicio, sin tener en cuenta un mínimo de tiempo de servicio

El distinto tratamiento legal para la procedencia de la compensación que venía aplicándose a los trabajadores particulares y a los empleados y trabajadores oficiales, explica el origen del proyecto de ley que se convertiría en la ley 995, como puede advertirse en su trámite legislativo, tanto en la exposición de motivos del proyecto³ como del siguiente aparte de la ponencia para primer debate en Senado:

"Objetivo del proyecto. El proyecto tiene como propósito reconocer a los empleados y trabajadores de la Administración Pública y del sector privado, el derecho a la compensación en dinero de las vacaciones, en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo, sin haber alcanzado a causarlas por año cumplido. (...)

Es por lo anterior, y aplicando lo consagrado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-897 de 2003, C-019 de 2004 y C-035 de 2005, y en aras del principio de igualdad del artículo 13, que el derecho a la compensación en dinero de las vacaciones que no se han disfrutado, por motivo ya sea de terminación del contrato en el caso de los trabajadores del sector privado, o de terminación del vínculo laboral, en el sector público, ya que siendo el Estado el mayor empleador del país, debe dar aplicación a las disposiciones constitucionales y sus desarrollos normativos a la hora de buscar el bienestar general de los servidores públicos, así como lo dispone el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 para los trabajadores del sector privado, compensando en dinero las vacaciones de sus servidores públicos, proporcionalmente al tiempo de servicios prestados sin el condicionamiento temporal de 11 meses que consagra el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978. Es así, que el texto propuesto recoge las justificaciones y los fundamentos constitucionales y jurídicos aplicables de manera extensiva a los servidores públicos sobre una prestación que permite solventar el no disfrute de las vacaciones por motivos de terminación del contrato en trabajadores oficiales y cesación de actividades de empleados públicos."⁴

Con la expedición de la ley 995 se unificaron las condiciones de reconocimiento y pago de la compensación de las vacaciones para el sector público y privado, garantizando en todo caso el derecho al pago dinerario de manera proporcional al tiempo laborado, al no exigirse un lapso mínimo para su procedencia y, para el caso de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se derogó en forma expresa el artículo 21 del decreto ley 1045 de 1978 que preveía un mínimo de once meses para entender causadas las vacaciones y así, hacer posible la compensación.

El tenor literal de la ley 995 de 2005⁵ es el siguiente:

"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 cumplido⁶, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

ARTÍCULO 2°. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su sanción y deroga las normas que le sean contrarias, en especial el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978 y el numeral 2 del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 27 de la Ley 789 de 2002."

El objeto y materia de esta ley 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.

Ahora bien, se inquiriere 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 (sic) 2003, garantiza el derecho al reconocimiento y 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.

3. El pago de las vacaciones en caso de comisión de servicios prevista en la ley 909 de 2004, artículo 26.

Pasa la Sala a referirse a la viabilidad de la acumulación de tiempo de servicio en caso de la comisión a que se refiere el artículo 26 de la ley 909

"ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria."

Esta norma permite que un empleado de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente o satisfactoria se le otorgue comisión hasta por tres años, continuos o discontinuos prorrogables hasta por un término igual, para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, en cuyo caso se asume este último cargo.

La comisión es una de las *situaciones administrativas* en las que puede encontrarse *un empleado vinculado regularmente a la administración* y puede ser otorgada para misiones especiales, estudios de capacitación, asistencia a eventos de interés para la administración, o para *ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en carrera*, en las condiciones, términos y procedimientos que reglamente el gobierno.⁸ Expresamente está entonces prevista por el legislador la vigencia del vínculo laboral, y en consecuencia el empleado comisionado no tiene derecho al pago compensado de las vacaciones.

Con base en las anteriores consideraciones, La Sala responde:

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.
2. y 3. Dado que al retiro de un servidor, lo que procede es la compensación en dinero de las vacaciones, no se dan las hipótesis de estas preguntas.
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.
6. Efectivamente, dado que el vínculo laboral se mantiene vigente en la situación administrativa denominada comisión de servicios, es viable acumular el tiempo de acuerdo con las normas generales sobre el derecho a las vacaciones.
7. La entidad en la que se preste el servicio, sea por nombramiento o en comisión, es la competente para conceder y pagar las vacaciones, según las reglas generales, respetando las normas sobre acumulación de vacaciones para evitar su prescripción.

Transcribese al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA P.
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

TATIANA ANDREA ORJUELA

Secretaría de la Sala

AUTORIZA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO 2007EE9132

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Se expresa en Sentencia C -669 de 2006: "Por tanto, las vacaciones no representan un simple derecho patrimonial libremente sustituible o negociable por el trabajador. En ellas se unen, como en un todo, descanso y remuneración, elementos que sólo excepcionalmente pueden escindirse, pues "el derecho fundamental al descanso exige la cesación en la prestación del servicio y no la simple retribución del mismo a través del pago de una compensación monetaria."

En consecuencia, el derecho del trabajador está en la posibilidad de disfrutar el descanso remunerado una vez cumplido el período correspondiente para acceder a él, lo que, a su vez, genera en el empleador el deber de programar y otorgar el correspondiente receso.(...) De esta forma, tanto la acumulación de las vacaciones, como su compensación en dinero, son posibilidades restringidas y excepcionales, que sólo

pueden darse dentro de los precisos límites de la normatividad laboral, pues la ley garantiza el derecho del trabajador a disfrutar, efectivamente, de sus vacaciones. "Dentro del sentido y fines del derecho a las vacaciones resulta pertinente destacar la regla según la cual los empleados deben disfrutar efectivamente su período vacacional, con arreglo a los términos y plazos establecidos en la ley. Aceptándose sólo por excepción el pago de las mismas sin el concomitante disfrute; esto es, únicamente en los casos taxativamente señalados se admite la compensación en dinero de las vacaciones." (Resalta la Sala)

2 Esta disposición fue objeto de control de constitucionalidad en dos ocasiones (sentencias C- 589 de 1997 y C -897 de 2003), debiéndose destacar la segunda de ellas, en la que se demandó tanto el artículo 21 aplicable a empleados públicos y trabajadores oficiales, como la norma que reconocía para los trabajadores particulares el derecho a la compensación proporcional de vacaciones por terminación del contrato de trabajo cuando hubieren prestado servicios por lo menos tres meses (decreto 2351 de 1965, art. 14.2), con el cargo de desconocerse el principio constitucional de igualdad, pues para los mencionados servidores públicos se requería de no menos de once meses. La sentencia C-897 declaró la exequibilidad del artículo 21 acusado en el entendido de que la fracción de tiempo de once meses que exige la norma, se da a favor del servidor público para el caso del cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiere alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido. En caso contrario, es decir, cuando el empleado haya acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos en la ley, el segundo período le será reconocido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado.

3 En la Exposición de Motivos al proyecto de ley 60 de 2004 -Cámara, se dijo: "*Es pertinente destacar que el sentido y fines del derecho a las vacaciones son el que los empleados disfruten efectivamente de su período vacacional, de acuerdo a los términos y plazos establecidos en la ley, y que solamente como excepción se permita el pago o compensación en dinero de estas sin que sean disfrutadas efectivamente./ Una de estas excepciones se configura cuando el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria termina sin que el empleado o servidor hubiere disfrutado de las vacaciones. La reglamentación vigente en Colombia frente a esta excepción trae tratamientos diferentes, tanto para los trabajadores del sector privado como para los del sector público o estatal;*

(...) Por lo tanto y según las normas y jurisprudencia descritas a los trabajadores y empleados del sector privado, en los eventos de terminación del contrato, se les reconoce la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas por año o proporcionalmente por fracción de año, cualquiera que esta sea. (...) Con lo hasta aquí expresado queda claro que las normas vigentes configuran una clara discriminación para los empleados al servicio del Estado, en cuanto al tratamiento que se les da frente al derecho a compensar en dinero las vacaciones no disfrutadas efectivamente a la terminación del contrato o el retiro del servicio. (...) En síntesis, los trabajadores, bien sea del sector privado o del sector público, deben recibir compensación o indemnización monetaria al no poder disfrutar en forma efectiva de las vacaciones, toda vez que las vacaciones así como la compensación en dinero son derechos que se causan con el simple transcurso del tiempo laborado y, por ello no resulta razonable ni proporcional que se desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado." Gaceta del Congreso No 390 de 26 de julio de 2004, págs. 17 y 18.

4 Gaceta del Congreso No. 281 de mayo 20 de 2005, páginas 9 a 12.

5 En el mismo sentido el decreto 404 de 2006 dispone: "Artículo 1°. *Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación*".

6 La expresión "por año cumplido" fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C -669 de 2006 "*en el entendido que no excluye a los trabajadores dedicados a la lucha contra la tuberculosis o a la aplicación de rayos X*", que conforme a las normas vigentes, causen sus vacaciones por cada seis meses de servicio".

7 Ver sentencia C -182 de 2007 de la Corte Constitucional.

8 Ver decreto ley 2400 de 1968, artículo 18, y el artículo 55 de la ley 909 del 2004.

Fecha y hora de creación: 2024-10-05 04:44:17