



## Concepto 003411 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000003411\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000003411

Fecha: 05/01/2022 07:49:54 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES - Auxilio de Cesantías ¿Se mantiene el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público de carrera supere un concurso de méritos? Radicación No. 20212060714912 del 23 de noviembre de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si se mantiene el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público de carrera supere un concurso de méritos, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley; las principales características de este régimen de cesantías son la obligatoriedad de consignar los dineros en un Fondo Administrador, la liquidación anualizada y el pago de intereses del 12% sobre el valor de las cesantías.

Antes de 1996, el régimen de cesantías de los empleados públicos del nivel territorial, en atención a la Ley 6 de 1945 es el retroactivo, cuya característica principal 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

Sobre los derechos de carrera cuando un empleado de carrera administrativa presenta el periodo de prueba en otra entidad, la ley 909 de 2004, establece:

*“ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:*

*1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.*

*(...)*

*5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

*Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.*

*El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.*

*PARÁGRAFO. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos."*

De conformidad con lo anterior, el empleado con derechos de carrera que se encuentra en período de prueba por haber superado un proceso de selección conserva los derechos del empleo del cual es titular mientras supera el mismo, en caso de no superarlo regresará al citado empleo.

En este orden de ideas, en caso de superar el periodo de prueba, deberá presentar renuncia al cargo de carrera administrativa y al realizarse un nuevo nombramiento y una nueva posesión, se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior.

La aceptación de la renuncia implica dar por terminada la relación laboral; por consiguiente, la entidad deberá liquidar las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho durante el tiempo laborado, de acuerdo con las normas legales vigentes que rigen la materia, a partir de aquél momento.

De esta forma y dando respuesta a su primer interrogante, quien se vincula a un nuevo cargo por superar el concurso de méritos, en virtud de la Ley 344 de 1996 se encuentra en el régimen de cesantías con liquidación anualizada, sin que exista fundamento legal para continuar con el régimen de cesantías que poseía en una relación laboral extinta.

Ahora bien, teniendo en cuenta los hechos planteados en su segunda inquietud en relación a la liquidación de las cesantías retroactivas cuando se ha ejercido un encargo, esta Dirección Jurídica se permite aclarar:

El régimen de liquidación de cesantías por retroactividad se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento en lo establecido en los Artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

En este sentido, el Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, establece:

«ARTÍCULO 1o. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquier que sea la causa de su retiro y a partir del 1o. de enero de 1942.

ARTÍCULO 2o. Lo dispuesto en el Artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías 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 cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

(...)

ARTÍCULO 6º. De conformidad con lo dispuesto por el decreto número 2567, del 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, 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 (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 1º. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono». (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, 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.

Ahora bien, resulta procedente resaltar que a partir de la Ley 344 de 1996, *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.”* en su Artículo 13 indica:

*“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.”* (Resaltado fuera del texto)

Como se observa, la Ley 344 de 1996, estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley; las principales características de este régimen de cesantías son la obligatoriedad de consignar los dineros en un Fondo Administrador, la liquidación anualizada y el pago de intereses del 12% sobre el valor de las cesantías.

Por tanto, esta Dirección Jurídica considera que el empleado con derechos de carrera en caso de ser nombrado por encargo o por comisión en otro empleo en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo del encargo o de la comisión, y si bien se ha generado un cambio en la remuneración que percibe, la misma no es de carácter definitivo, por cuanto tanto el encargo como la comisión que ejerce es de carácter temporal y el empleado no deja de ser titular del empleo en el cual se posesionó.

Así mismo, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que por constituir tanto el encargo como la comisión una situación administrativa de carácter temporal, no resultaría acertado proceder a liquidar esta prestación social exclusivamente con base en el salario devengado durante el mismo, por el contrario, lo procedente es que el salario del encargo se tenga en cuenta por el tiempo que se ha ejercido y el tiempo restante se deberá liquidar con base en el régimen retroactivo de cesantías que corresponde al empleo del cual es titular.

En este orden de ideas, se considera que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita su liquidación y se encuentra ejerciendo un encargo o una comisión, es necesario que el salario de la situación administrativa se tenga en cuenta por el tiempo que ha ejercido el otro empleo bajo dicha figura y no por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración.

De esta forma, por ejemplo, si el encargo se ejerció por el término de dos años y se pretenden liquidar definitivamente, el salario de la comisión se tiene en cuenta por los dos años y el resto se tienen en cuenta con el último salario devengado por el servidor en el empleo del cual es titular. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse precisamente para evitar saldos negativos a favor de la administración.

Por tanto, la entidad deberá tener en cuenta al momento de liquidar las cesantías que en los tiempos en que estuvo desempeñando los encargos y la comisión, se deberán liquidar conforme al régimen de cesantías anualizadas el cual, 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 el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, lo cual cobija a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996, en el orden territorial.

Y el tiempo en que estuvo en el cargo del cual es titular se deberá liquidar de conformidad con el régimen de cesantías retroactivo, es decir de conformidad con último salario realmente devengado para la fecha en que ejerció el empleo de carrera.

Conforme a lo anterior, la entidad deberá liquidar las cesantías con el régimen anualizado de manera temporal solamente mientras se ejerce el encargo o la comisión del empleo de libre nombramiento y remoción, se reitera una vez el empleado retorne al empleo que ostenta en carrera continuará con el régimen retroactivo de cesantías.

Respecto de su último interrogante relacionado con el termino de posesión le indico que, el Decreto 1083 de 2015, al regular lo relacionado con la posesión de la persona nombrada en un empleo público, señala:

*“ARTICULO 2.2.5.1.7 Plazos para la posesión. Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no*

*residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora.”*

De acuerdo con la anterior norma, una vez aceptado el empleo público deberá tomar posesión del mismo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de aceptación, dicho término podrá prorrogarse si el designado no residiere en el lugar del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora, pero en todo caso la prórroga no podrá exceder de noventa (90) días y deberá constar por escrito.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad encargada de vigilar y administrar la Carrera Administrativa, así como de adelantar los concursos de méritos para el ingreso a la misma, señaló en el concepto 02-2008-07067 del 11 de abril de 2008 sobre la posibilidad de ampliar el plazo para tomar posesión:

*“(…) Una de las instituciones previstas en el ordenamiento jurídico que sustenta la excepción al cumplimiento de un deber legal es la Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el cual a su vez es una de las especies del fenómeno jurídico de la Causa Extraña eximente de responsabilidad.*

*Según estas figuras, un sujeto se encuentra dispensado de observar la conducta o acción exigida cuando un hecho irresistible e imprevisible se lo impide, siendo una causa ajena y extraña a la mera voluntad del obligado lo que hace imposible la realización de la actuación debida. En este caso, la razón del incumplimiento es imputable a un evento extraordinario que ofrece un obstáculo insuperable para cualquier individuo puesto en las mismas condiciones externas y objetivas. La pertinencia de su aplicación como eximente de responsabilidad frente a todas las consecuencias jurídicas previstas ante el incumplimiento de una obligación legal, proviene de la protección y guarda del Derecho Fundamental a la Igualdad en su dimensión negativa, que exige a la administración pública dar un trato distinto a los administrados que se encuentran afectados por una contingencia que les impide obrar conforme le es ordenado.*

*Se concluye, que si bien la regla es la no ampliación del plazo para tomar posesión, al analizar la situación particular y concreta podría valorarse la concesión de una prórroga o ampliación, siempre y cuando las circunstancias así lo ameriten. Este tipo de acontecimientos deben ser puestos en conocimiento de la entidad a la que pertenece el empleo en que va a tomar posesión un aspirante y ante la CNSC como entidad directora del proceso de selección y responsable de excluir o no a un aspirante de la lista de elegibles, inmediatamente el afectado cuente con la oportunidad para informar de la contingencia.”* (Negrilla y subraya nuestro)

De acuerdo con lo expuesto, una vez aceptado el empleo público deberá tomar posesión del mismo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de aceptación.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link /eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó y aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:42:38*