



## Concepto 122551 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000122551\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000122551

Fecha: 24/03/2022 12:27:48 p.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – Auxilio de Cesantías. ¿Cómo se deben liquidar las cesantías a un empleado del régimen retroactivo cuando se han desempeñado diferentes empleos en encargo? Radicación No. 20222060093762 del 21 de febrero de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta cómo se deben liquidar las cesantías a un empleado del régimen retroactivo cuando se han desempeñado diferentes empleos en encargo, me permito informarle que:

Sea lo primero señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

En ese sentido, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realizará la interpretación general de las disposiciones legales; relacionadas con el régimen de cesantías retroactivas y traslado de fondos:

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<sup>1</sup>.

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

«ARTÍCULO 10. 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.

â

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, sí 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.â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:â*

*ââ*

*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;â*

*ââ*

*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 de servicios 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 un anticipo de cesantías o liquidación definitiva y se encuentra ejerciendo un encargo o una comisión, es necesario que el salario para el caso en concreto, el de él encargo 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.

Por tanto, la entidad deberá tener en cuenta al momento de liquidar las cesantías los tiempos en que estuvo desempeñando los encargos, los cuales 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 a la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998<sup>1</sup> señala:

*ARTICULO 2o. Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.*

*La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.*

*PARÁGRAFO. En el caso contemplado en el presente Artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Este hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 14 de la Ley 344 de 1996.*

*En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial. (Negrita y subrayado fuera del texto).*

Por su parte, el H. Consejo de estado mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2008 señaló lo siguiente respecto a una servidora pública beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, que se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador:

*(...) Como se advierte, el decreto 1582 de 1998 regula tres situaciones respecto del régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial:*

*Primero, la de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que no es el caso de la actora pues esta ingresó a la administración distrital el 20 de febrero de 1979, a quienes se les dio la posibilidad de afiliarse a los fondos privados de cesantías y quedar gobernados por los Artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990 o afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro y regirse por el Artículo 5º de la ley 432 de 1998 (Artículo 1º).*

*Segundo, la de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidieron acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, que tampoco es la situación de la demandante, pues no obra escrito suyo en el que expresamente renunció a la retroactividad (Artículo 3º).*

*Tercero, la de los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el Artículo 6o. de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas “administren” en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (Artículos 1, parágrafo, y 2º). Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado.*

*Ahora bien, en esta última hipótesis el decreto prevé la suscripción de un convenio suscrito entre los empleadores y el fondo, en el que se*

precisen claramente las obligaciones de las partes, "incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías".

*El interrogante que surge es si la suscripción de ese convenio es prerequisite para poder optar por la posibilidad que brinda el inciso primero del Artículo 2 del decreto 1582 de 1998. La Sala considera que no. El convenio como tal no constituye presupuesto para que el empleado pueda afiliarse al Fondo Privado en orden a que administre sus cesantías retroactivas. No puede quedar en manos del empleador el ejercicio de un derecho que el ordenamiento jurídico ha consagrado a favor del empleado, de suerte que ante la ausencia de convenio no es viable predicar que la norma carezca de efecto y que, por ende, aquel no pueda optar por escoger la administradora de cesantías que a bien tenga.*

La Directora de Estudios y Conceptos y el Subsecretario de Asuntos Legales de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en concepto No. 81 del 5 de enero de 2000 (folios 92 y siguientes), sostuvieron:

*"(...) cuando una persona que goza del régimen de retroactividad de la cesantía desea trasladarse a un fondo privado de manera directa e individual, no requiere la existencia de un convenio entre el empleador y el fondo, sino que lo puede hacer libre y personalmente. Por lo debe (sic) entenderse que la intención del Decreto 1582, al establecer el convenio, fue la de determinar como se va a pactar el pago de los dineros correspondientes a la retroactividad por parte de la entidad pública (...)"*

*Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del Artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación. Así cuando la demandada procedió a liquidar las cesantías ha debido tomar en consideración los anteriores hechos. No lo hizo, sino que de manera desacertada consideró que con el cambio de administradora se había renunciado implícitamente al beneficio de la retroactividad y optado por la anualidad en la liquidación y pago de la prestación.(...)"*

Así mismo, este Alto Tribunal<sup>2</sup> en relación con la viabilidad de que los empleados cobijados por el régimen retroactivo de cesantías se acogieran al anualizado, a partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, estableció:

*"Ahora bien, en cuanto al nuevo Régimen de Cesantías para el Sector Público, el Artículo 13 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, contempló el siguiente tenor literal:*

*"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.*

*<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>*

*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." (Negritas fuera del texto)*

*La anterior normativa fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 1997, declarando exequible la liquidación definitiva de cesantías por anualidad, sobre el particular indicó lo siguiente:*

*"Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia." (Se Destaca) (Subrayado fuera del texto).*

De conformidad con lo anterior lo anterior, la afiliación de los empleados públicos territoriales a un fondo de cesantías se realizará en virtud de

convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública y que el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías es responsabilidad de la misma.

Así las cosas, la entidad puede celebrar convenios para administrar cesantías con otros fondos privados o con el Fondo Nacional del Ahorro, cuando lo haga, el traslado no significa que le esté cambiando al servidor público con régimen de retroactividad en la cesantía su régimen, si lo traslada al Fondo Nacional de Ahorro u otro fondo, no le está haciendo un cambio de régimen, está cambiando de entidad pagadora y administradora de esa prestación social. Por tanto, la ley ordena que, una vez perfeccionado el traslado por decisión del funcionario o la entidad, se le giren las doceavas al Fondo Nacional de Ahorro, en tanto que la retroactividad es una obligación de la respectiva entidad empleadora, que tiene a cargo el mayor valor de que trata el parágrafo del Artículo 5 de la Ley 432 de 1998.

Si el servidor con régimen de retroactividad solicita cesantía parcial, el empleador girará al Fondo el mayor valor que por retroactividad corresponda en la liquidación de dicho anticipo. La liquidación total de la retroactividad sólo procede al final de la relación laboral, momento en el cual deberá liquidarse y girarse por parte de la entidad empleadora, la cesantía correspondiente al tiempo total laborado, deduciendo de dicho monto el valor trasladado al Fondo Nacional de Ahorro en la fecha de cambio de entidad administradora y los demás valores correspondientes a pagos efectuados al empleado hasta la fecha, para proceder a entregarle los saldos a su favor, si a ello hubiere lugar.

Lo anterior no implica que la entidad empleadora gire todo lo que el funcionario tenga causado retroactivamente al momento de su traslado a una nueva entidad administradora, sino la colocación de las doceavas, como quiera que la liquidación total de la retroactividad tiene lugar al final de la relación laboral.

Por lo anterior y dando respuesta a su interrogante, se sugiere que se revise la situación mediante la cual se traslado de régimen, si lo hizo de manera voluntaria para acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, o si por el contrario, su intención era no renunciar al régimen de liquidación retroactiva, sino cambiar de administradora de Fondo de cesantías, sin perder dicho derecho.

Se reitera la entidad deberá tener en cuenta al momento de liquidar las cesantías los tiempos en que estuvo desempeñando los encargos, los cuales 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 cubre a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996, en el orden territorial.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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; Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5o. de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "b" Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-90333-01(0393-06) actor: Helvert Vega Hernández Demandado: Municipio de la Palma.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:59:47