



Función Pública

Concepto 022451 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000022451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000022451

Fecha: 23/01/2023 08:20:10 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 haya ocupado un empleo en encargo? Radicación No. 20232060015952 del 10 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia en la cual consulta respecto a la liquidación de las cesantías retroactivas en caso de que un empleado público haya ocupado un empleo en encargo, me permito manifestarle lo siguiente:

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, 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.

No obstante, nos pronunciaremos de manera general en relación con como se liquidan las cesantías retroactivas cuando se ejerció una situación administrativa de encargo:

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, su fundamento legal se encuentra establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945¹, 1º del Decreto 2767 de 1945², 1º y 2º de la Ley 65 de 1946³, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947⁴ y 2º del Decreto 1252 de 2002⁵, 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 6. 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 1. 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.

Teniendo en cuenta la situación particular que se presenta cuando el empleado es encargado en un empleo con mayor remuneración, en criterio de esta Dirección, con el fin de evitar saldos negativos al momento de regresar al cargo del cual es titular y armonizando las disposiciones de liquidación de dicho régimen, la administración debe tener en cuenta el salario del encargo sólo por el tiempo que efectivamente se desempeñó dicho empleo y el resto del tiempo con el salario del empleo del cual es titular.

De esta forma, y dando respuesta a su primer interrogante esta Dirección que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita sus cesantías, es necesario que este salario se tenga en cuenta por el tiempo que ha ejercido el encargo y no por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración. De esta forma, por ejemplo, si el encargo se ejerció por un término de los dos últimos años y se pretenden liquidar 10 años, el salario del encargo se tiene en cuenta por los dos años y los otros ocho 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 para evitar saldos negativos a favor de la administración.

Es importante señalar que al momento de realizar la liquidación de régimen de cesantías retroactivas no es procedente el reconocimiento de intereses, por cuanto no existe norma que lo permita.

Frente a su segundo interrogante, relacionado con la consignación y administración de cesantías, la entidad podrá hacer la provisión de las cesantías de los empleados con régimen de cesantías retroactivas y las girará en las fechas acordadas por el Fondo en el que decidan afiliarse los empleados.

Adicionalmente la Ley 432 de 1998⁶, dispone que podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios así:

“ARTICULO 5o. AFILIACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. (...)”

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...)

PARÁGRAFO. En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora. (Negrita y subrayado fuera del texto).”

Respecto a la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998⁷ 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 esta 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 debido al 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 lo anterior, y teniendo su consulta, esta Dirección Jurídica considera que en el evento de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas la entidad podrá decidir si estas son administradas en forma directa por la entidad o si la misma suscribe un convenio para el manejo de la prestación (cesantías retroactivas) en cuyo caso en el texto del convenio debió establecerse la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de esta por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

En relación con su tercer y cuarto interrogante se reitera que al realizar la liquidación de cesantías retroactivas, no es procedente el reconocimiento de intereses, por cuanto no existe norma que lo permita.

Para más 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 <https://www.funcionpublica.gov.co/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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó y aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 *Por el cual se determinan las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los Departamentales y Municipios*

3 *Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*

4 *Sobre auxilio de cesantía.*

5 *Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.*

6 *“Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”.*

7 *“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”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:17:11