



Concepto 096861 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000096861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000096861

Fecha: 22/03/2023 04:37:02 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Auxilio de Cesantías Se mantiene el régimen de cesantías retroactivas cuando existe un encargo Radicación No. 20232060089112 del 09 de febrero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida a esta Dirección Jurídica por la Comisión nacional del Servicio Civil, mediante la cual consulta si se mantiene el régimen de cesantías retroactivas cuando existe un 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 2016¹, 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.

Se precisa que las competencias relativas establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

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, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para realizar liquidaciones

Teniendo en cuenta lo anterior nos referiremos de manera general al régimen de cesantías retroactivas de la siguiente manera:

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 1945², 1º del Decreto 2767 de 1945³, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946⁴, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947⁵ y 2º del Decreto 1252 de 2002⁶, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

En este sentido, el Decreto 1160 de 1947⁷, sobre auxilio de cesantía, establece:

«ARTÍCULO 1. 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 2. 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).

Por lo anterior, los empleados que superaron un concurso en el año 1992 y que por la descentralización del municipio hacen parte de la planta de personal desde el año 2003 sin solución de continuidad en aplicación a la Directiva Ministerial 020 de 2003 proferida por el Ministerio de Educación Nacional, continuaran perteneciendo al régimen de cesantías retroactivas y su reconocimiento se hará 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 Organos 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 en otro empleo en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo del encargo, y si bien se ha generado un cambio en la remuneración que percibe, la misma no es de carácter definitivo, por cuanto el encargo que ejerce es de carácter temporal y el empleado no deja de ser titular del empleo en el cual se posesionó, por tanto, cuando vuelva al empleo del cual es titular continuará con el régimen retroactivo.

Así mismo, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que por constituir el encargo 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 o un anticipo de cesantías y se encuentra ejerciendo un encargo 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 un encargo se ejerció por el término de dos años y se pretenden liquidar esta prestación, el salario de la situación administrativa 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, 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.

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, por ejemplo, cuando se ha ocupado un encargo por 10 años la entidad deberá liquidar las cesantías con el régimen anualizado de manera temporal solamente mientras se ejerció el encargo y el tiempo restante, es decir antes del encargo, se liquidará 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.

Frente quien está obligado a cancelar las prestaciones sociales, en particular las cesantías retroactivas, es necesario precisar que la incorporación de los empleados del nivel nacional a educación municipal con recursos del sistema general de participaciones, se estableció que en virtud del mandato que traía ley 60 de 1993⁸, el Departamento o municipio debe asumir la prestación del servicio de salud y educación, la nación le transfirió además de recursos, un personal, para que cumplía con las nuevas competencias. El traslado de recursos tenía como finalidad subsidiar los gastos que conllevaba la prestación del nuevo servicio.

La Ley 60 en su artículo 2 distribuyó las competencias para los municipios, departamentos y distritos a los cuales corresponda la dependencia de salud y educación que se incorporó a la planta de personal del respectivo ente territorial, caso en el cual, los establecimientos prestadores del servicio y la planta de personal tienen el carácter municipal, departamental, o Distrital, respectivamente.

El régimen prestacional y salarial al que tienen derecho los empleados que en virtud de la norma señalada fueron trasladados a los entes territoriales, sigue siendo el mismo del que gozaban al momento de la incorporación; así, desde el momento mismo en que los empleados son incorporados a la planta de personal del Departamento o del municipio conservaron sus derechos salariales y su escala de remuneración en las mismas condiciones de las que venían gozando. Por tanto, el obligado a cancelar las prestaciones sociales es el municipio.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

²

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

³ Por el cual se determinan las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los Departamentales y Municipios

⁴

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

⁵ Sobre auxilio de cesantía.

⁶ Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

⁷ Sobre auxilio de cesantía.

⁸ “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:47