



Concepto 133151 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000133151

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000133151

Fecha: 12/04/2023 11:39:57 a.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES ¿¿ Auxilio de Cesantías ¿Se mantiene el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público que ha ocupado una situación administrativa de encargo? Radicación No. 20232060142902 del 06 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público ha ocupado una situación administrativa de encargo, me permito manifestarle que serán resueltas en el orden en que fueron presentadas:

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 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 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).

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 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 en encargo o en un empleo de libre nombramiento y remoción 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 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, por tanto, cuando vuelva al empleo del cual es titular continuará con el régimen retroactivo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, por constituir el encargo o la comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción 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 durante el encargo el salario del mismo se tenga en cuenta por el tiempo que se ha ejercido y con el régimen anualizado de liquidación de cesantías y el tiempo restante se deberá liquidar con base en el régimen retroactivo de cesantías que corresponde al empleo del cual es titular.

De esta forma, por ejemplo, si el encargo o el empleo de libre nombramiento y remoción, 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 en el régimen anualizado y el resto se tienen en cuenta con el último salario devengado por el servidor en el empleo del cual es titular en el régimen retroactivo. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse precisamente para evitar saldos negativos a favor de la administración.

Conforme a lo anterior, daremos respuesta a sus interrogantes:

¿Si un funcionario de carrera cuyas cesantías se liquidan bajo el régimen de retroactividad, es nombrado por encargo o por comisión de servicios en otro empleo en vigencia del régimen anualizado de cesantías, a que régimen queda sometido por el tiempo del encargo o de la comisión, y sobre que salario se debe efectuar la liquidación ya sea parcial o definitiva?

El empleado con derechos de carrera en caso de ser nombrado en encargo o en un empleo de libre nombramiento y remoción en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo la situación administrativa, 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, por tanto, cuando vuelva al empleo del cual es titular continuará con el régimen retroactivo.

Si el funcionario en encargo o comisión pierde los derechos de carrera y continua su vinculación en el empleo en el cual fue encargado o comisionado, ¿debe continuarse bajo este mismo o pasa a ser del régimen anualizado?

Al perderse los derechos de carrera y ser nombrado en provisionalidad en vigencia del régimen anualizado se perderá el derecho de pertenecer al régimen retroactivo de cesantías.

Cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita un anticipo y se encuentra ejerciendo un encargo, el salario del encargo se debe tener en cuenta por el tiempo que ha ejercido el otro empleo bajo dicha figura o por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración.

Cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita un anticipo de 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

¿Al ser nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción como se liquidan las prestaciones?

Esta Dirección Jurídica considera que el servidor público que renuncia para posesionarse en otro empleo independiente de que sea de libre nombramiento y remoción, en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen, por tanto, la entidad debe liquidar las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho durante el tiempo laborado.

Acá debemos traer a colación si procede o no la no solución de continuidad, al respecto el término de nos permitimos precisar que el diccionario de la Lengua Española, define solución de continuidad como: *"Interrupción o falta de continuidad."*

Quiere decir esto, que por solución de continuidad se entiende la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende "sin solución de continuidad", cuando la prestación del servicio es continuo, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.

La "no solución de continuidad", se predica en aquellos casos en los cuales haya terminación del vínculo laboral con una entidad y una nueva vinculación en la misma entidad o el ingreso a otra, que debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones, salarios y beneficios laborales, disposición que a su vez establecerá el número de días de interrupción del vínculo que no implicarán solución de continuidad.

De acuerdo con lo anterior, se considera que al ser la "no solución de continuidad" una situación excepcional, debe encontrarse expresamente prevista su procedencia.

Así las cosas, para que esta figura proceda deben darse los siguientes presupuestos: Que en la entidad a la que se vincule el empleado, se aplique el mismo régimen salarial y prestacional que disfrutaba en la entidad que se retiró.

Que la no solución de continuidad se encuentre expresamente consagrada en la norma que regule la prestación social o elemento salarial.

En relación al tema de la continuidad, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que por regla general cuando un empleado presenta una renuncia al cargo de carrera para ostentar un cargo de libre nombramiento y remoción, rompe la continuidad en la relación laboral para efectos del reconocimiento de las cesantías, en ese sentido y como quiera que las normas que regulan el reconocimiento de las prestaciones sociales contemplan su pago en forma proporcional, por tanto, se considera que procede la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales a que tiene derecho como es el caso de las vacaciones, prima de vacaciones, la bonificación por recreación, la prima de navidad y las cesantías.

En este orden de ideas, se considera que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías presenta renuncia independiente que vaya ocupar otro cargo en la misma entidad, esta deberá proceder a liquidar y pagar las prestaciones a que haya lugar con lo indicado en los decretos salariales y prestaciones vigentes al momento de la renuncia, puesto que, en el régimen de liquidación de cesantías retroactivas, no resulta viable acumular los tiempos de servicios y la nueva vinculación implica un cambio de régimen por expresa disposición legal.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del 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 PAGINA

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

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

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

⁴Sobre auxilio de cesantía.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:26