



Concepto 264811 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000264811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000264811

Fecha: 27/06/2023 11:30:30 a.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES Auxilio de Cesantías. ¿Cómo se deben liquidar las cesantías a un empleado del régimen retroactivo cuando se ha desempeñado en una comisión en otra entidad y renuncia a su cargo de carrera para ser nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción? Radicación No. 20239000593982 de 5 de junio de 2023.

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 ha desempeñado en una comisión en otra entidad y renuncia a su cargo de carrera para ser nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción, le informo que:

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.

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.

Por consiguiente, la Función Pública no tiene dentro de sus funciones la de elaborar, revisar, o determinar cuál es la fórmula de liquidación de las prestaciones sociales, ni de los factores salariales de los servidores públicos, por lo tanto, dichas operaciones deberán ser realizadas al interior de cada entidad, según las competencias establecidas para tal fin.

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 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 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.

ARTÍCULO 20. 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 1996,⁷ 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.

De acuerdo con lo señalado, se considera que el empleado de carrera que se posesiona en un empleo de libre nombramiento y remoción en virtud de una comisión, durante dicho lapso gozará de cesantías anualizadas, quedando suspendido su régimen de cesantías retroactivo hasta que regresa al empleo de carrera del cual es titular y que ha generado el derecho a gozar de este último régimen.

Por otra parte, las normas que regulan el régimen de cesantías retroactivo no previeron la liquidación en el evento que nos ocupa, sin embargo, es necesario considerar los siguientes elementos de juicio:

La figura de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, se estatuyó, entre otros aspectos, como un mecanismo para salvaguardar los derechos de carrera administrativa a los empleados que tomen posesión en cargos libre nombramiento y remoción o de período fijo.

El empleado a quien se le concede esta comisión no queda desvinculado de la entidad y en su empleo de carrera se produce una vacancia temporal, por lo tanto, este empleo no puede ser convocado a concurso y su provisión temporal se efectuará mediante encargo o nombramiento provisional en los términos de la Ley 909 de 2004.

El empleado comisionado para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, es objeto de una nueva vinculación laboral en un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo cual, en concepto de esta Dirección, a la luz del artículo 1 del Decreto 1252 de 2000 en esta nueva vinculación el empleado comisionado tiene derecho al régimen de cesantías con liquidación año a año, establecido en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.

En virtud del ejercicio del empleo de libre nombramiento y remoción, el empleado devenga salarios y prestaciones sociales a cargo de la entidad en la que ejerce dicho empleo, entre ellas las cesantías.

Según lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 1160 de 1947, sobre Auxilio de Cesantía, “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. (...)

Conforme a lo anterior, y dando respuesta a su interrogante, la entidad deberá liquidar las cesantías con el régimen anualizado de manera temporal solamente mientras se ejerce 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.

Ahora bien, de acuerdo a los hechos señalados en su escrito, se considera que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías

presenta renuncia independiente que vaya a ser nombrado en el mismo cargo que venía ejerciendo por ostentar una comisión, la entidad deberá proceder a liquidar y pagar esta prestación teniendo en cuenta los encargos y comisiones desempeñados a lo largo de su vida laboral, los cuales, se reitera, en caso de haberlos ejercido en vigencia del régimen anualizado deberán ser liquidados con las normas aplicable para este tipo de régimen.

Por otro lado, las demás prestaciones sociales y elementos salariales se cancelarán con lo indicado en los decretos salariales y prestaciones vigentes al momento de la renuncia, ya que esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que por regla general cuando un empleado renuncia a un empleo de carrera administrativa y se posesiona nuevamente se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior.

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 "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones."

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