



Función Pública

Concepto 199851 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000199851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000199851

Fecha: 04/06/2021 11:56:45 a.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES - LIQUIDACION DEFINITIVA ¿Cómo se liquidan de manera parcial y definitiva las cesantías retroactivas Radicado: 20212060432542 del 18 de mayo de 2021?

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con la liquidación de las cesantías retroactivas, me permito manifestarle que las mismas serán resueltas en el orden en que fueron presentadas así:

1. 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 1996¹.

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 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, si 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. 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." (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.

Por tanto, la entidad deberá tener en cuenta al momento de liquidar las cesantías definitivas que en los tiempos en que estuvo desempeñando los encargos y la comisión, 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.

2. Frente a su segundo interrogante relacionado con las horas extras para que sean tenidas al momento de liquidar las cesantías le informo que:

Los factores salariales para liquidar las cesantías, estos se encuentran señalados en el Decreto Ley 1045 de 1978, "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, el cual establece:

ARTÍCULO 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 38 del Decreto 3130 de 1968". (Resaltado nuestro).

Conforme a la disposición anterior, la liquidación de cesantías se efectúa conforme a los factores salariales que se han dejado indicados siempre y cuando el servidor efectivamente los hubiere percibido y causado.

Es decir que habrá lugar a incluir las horas extras como factor salarial de la liquidación de cesantías, siempre que el empleado las perciba, es decir que se encuentre en el nivel técnico grado 9 o en el nivel asistencial hasta el grado 19.

En cuanto a la forma de liquidar los factores de salario base de liquidación de las cesantías, para el caso en concreto las horas extras, se debe promediar el valor percibido por este concepto en el último año de servicio.

Cuando los factores se perciben anuales, como es el caso de la prima de navidad, se debe tomar una doceava, es decir que se toma el factor, se divide en 12 y el resultado es el que se tomará en cuenta para conformar la base del salario de liquidación.

Con relación a la prescripción de las prestaciones sociales y de sus factores le informo que esta Dirección acogiendo los criterios planteados por la Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, ha considerado que el término de prescripción de los derechos salariales de los servidores públicos es de tres (3) años. En la citada sentencia la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los Artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues “la prescripción establecida en el citado Artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales”. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, manifestado lo siguiente “La Sala comparte el criterio expuesto en las citadas sentencias del Consejo de Estado, según el cual el Artículo 151 del Código Procesal del Trabajo unificó el régimen de la prescripción en materia laboral, tanto para trabajadores particulares como para empleados oficiales” (...)“(.) Considera la Sala que a partir de dicha disposición quedaron derogadas las normas que establecían prescripciones especiales para trabajadores particulares y empleados oficiales (...)”：“(...) con base en las anteriores premisas y abarcando un panorama más amplio del que ha estado dentro de las proyecciones de este razonamiento, es forzoso llegar a las siguientes conclusiones:“(...) .Salvo lo dispuesto en normas que establezcan regímenes prescriptivos especiales como las ya citadas del ramo militar y las relativas a vacaciones y a la prima correspondiente v.gr., las acciones inherentes a los derechos consagrados en beneficios de los empleados oficiales de la rama ejecutiva, por disposiciones distintas de las del Decreto 3135 de 1968, están sometidas a la prescripción instituida en el Artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo). “Salvo lo establecido en disposiciones especiales están sujetas a la prescripción del Artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 (3) tres años las acciones que emanen de derechos consagrados en beneficio de los demás servidores del Estado como son los de la Rama Jurisdiccional y los de las entidades territoriales”.

A su vez, el Artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, dispone:

“ART. 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

De otro lado, el Decreto 1848 de 1969, en su Artículo 102 dispone que “las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.”

Igualmente señala que “el simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

En virtud de lo anterior, en concepto de esta Dirección Jurídica, en materia de prescripción de derechos prestacionales, como en el caso de cesantías, a los funcionarios públicos del orden territorial les son aplicables las normas contenidas en el Código Procesal de Trabajo. De esta manera, las prestaciones sociales prescriben en un lapso de tres años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles. No obstante, es necesario tener en cuenta que las solicitudes del derecho por escrito, suspenden el tiempo de la prescripción por un lapso igual.

3. Respecto al reconocimiento de intereses de las cesantías retroactivas le informo que sólo tienen derecho a intereses de las cesantías los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, fecha de entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, afiliados a fondos privados o al Fondo Nacional de Ahorro

Los servidores públicos con régimen de cesantías retroactivo no tienen derecho al reconocimiento de intereses a las cesantías, en razón a que no existe norma que establezca este beneficio para estos funcionarios. Así lo sostuvo el Consejo de Estado³:

Como se advierte, con la expedición del decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público - particularmente en la rama ejecutiva nacional - el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, "...el cual beneficia al empleador en la medida en que rebaja el monto de la carga prestacional, pero a cambio, el trabajador por su parte puede verse favorecido con aumentos salariales mayores."^{4 [4]} El nuevo régimen contempló, para proteger el auxilio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados. Cabe resaltar que en este régimen corresponde al Fondo pagar los intereses señalados en la ley mediante la administración de las sumas que por doceavas partes depositan en él las entidades mencionadas, equivalentes a las cesantías anuales. Este sistema refleja de mejor manera la realidad laboral, en el sentido que la prestación se liquida con base en lo que real y efectivamente ha devengado el trabajador en toda su vida laboral.

No obstante, lo anterior, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del Artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y los Artículos 1º de decreto 2767/45, 1º de la ley 65/46 y 1º, 2º, 5º y 6º del decreto 1160/47, normatividad que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.^{5[5]} (Negrita y subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas y de acuerdo con todo lo señalado los empleados con las cesantías en el régimen de liquidación retroactiva no tienen derecho al reconocimiento de intereses sobre las cesantías.

4. En cuanto a su último interrogante relacionado con el plazo para liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales, señalamos que en lo que respecta al pago de cesantías definitivas, la Ley 1071 de 2006 establece que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Dispone la misma norma en su Artículo 5º, que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este Artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

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 <http://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 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

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Revista Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 2009, Editorial LEGIS, Página 725.
2. Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de fecha 22 de agosto de dos mil dos (2002), Radicación 1448.
3. Sentencia del 10 de junio de 1999, expediente 13874, Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado.
4. El desmantelamiento de la retroactividad para la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías se produce con la ley 33 de 1985, cuyo artículo 7° dispuso que quienes se vincularan a partir del 1° de enero de 1985 a esas entidades, se registrarían en lo relacionado con la liquidación y pago de sus cesantías por las normas del decreto 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten.

Fecha y hora de creación: 2024-08-07 20:19:47