



Función Pública

Concepto 142351 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000142351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000142351

Fecha: 08/04/2022 02:00:55 p.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – CESANTÍAS RETROACTIVAS- Sustento legal para el reconocimiento de las cesantías retroactivas cuando se ha desempeñado en un encargo. Radicación No. 20229000110542 del 6 de marzo de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta en relación al sustento legal para el reconocimiento de las cesantías retroactivas cuando se ha desempeñado en un encargo, para lo cual le informo que:

Sea lo primero aclarar que el concepto 200891 de 2021, fue una respuesta a una consulta de carácter general presentada por una peticionaria sin que en la misma se indicara que se trataba de un servidor público de orden distrital.

Por otro lado, es importante indicarle el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, es la entidad competente para pronunciarse frente al sistema salarial y prestacional de los empleados públicos del orden distrital, lo anterior de conformidad con la Resolución 252 del 10 de diciembre de 2019 literal a, que señala:

“a. Establecer las directrices técnicas respecto de la gestión del recurso humano para el Distrito Capital en lo referente a las siguientes materias: planeación del recurso humano, vinculación y retiro, bienestar social e incentivos al personal, sistema salarial y prestacional, nomenclatura y clasificación de empleos, manuales específicos de funciones y competencias, plantas de personal y relaciones laborales.”

No obstante, nos pronunciaremos de manera general a los interrogantes presentados en su escrito:

1. Fundamento legal para indicar: 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.

El fundamento legal se encuentra en 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, considera esta Dirección Jurídica que 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.

En este orden de ideas, se considera que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita su liquidación y se encuentra ejerciendo un encargo o una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, 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, si el encargo se ejerció por el término de dos años y se pretenden liquidar definitivamente, 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.

2. ¿Los conceptos proferidos por la Dirección Jurídica del Departamento de la Función Pública son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden distrital?

Se reitera que el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, es la entidad competente para pronunciarse frente al sistema salarial y prestacional de los empleados públicos del orden distrital, lo anterior de conformidad con la Resolución 252 del 10 de diciembre de 2019 literal a, que señala:

“a. Establecer las directrices técnicas respecto de la gestión del recurso humano para el Distrito Capital en lo referente a las siguientes materias: planeación del recurso humano, vinculación y retiro, bienestar social e incentivos al personal, sistema salarial y prestacional, nomenclatura y clasificación de empleos, manuales específicos de funciones y competencias, plantas de personal y relaciones laborales.”

En cuanto a los Conceptos Jurídicos proferidos por entidades públicas tienen su origen en el Derecho Fundamental de Petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 14 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, toda persona tiene derecho a formular consultas a sus autoridades y a obtener pronta solución dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

A su turno, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con respecto al alcance de los conceptos jurídicos proferidos por las entidades públicas, establece en su artículo 28 establece:

ARTÍCULO 28: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Conforme lo anterior, se evidencia que los conceptos jurídicos proferidos por las entidades públicas como respuesta a las consultas formuladas en ejercicio del derecho de petición, en principio, no tienen fuerza vinculante.

Al respecto, la Corte Constitucional puntualizó: “Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente. De llegar a establecerse una responsabilidad patrimonial por el contenido de tales conceptos, entonces, esto podría traer como consecuencia no solo que se rompa el canal fluido de comunicación entre el pueblo y la administración que existe y se ha consolidado en virtud del ejercicio del derecho de petición de consultas, sino que podría significar, al mismo tiempo, la ruptura del principio de legalidad y con ello una vulneración del principio de estado de derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley...”

De igual manera, el Decreto 430 de 2016, por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública,

ARTÍCULO 2º. Funciones. Son funciones del Departamento, además de las señaladas en las Leyes 489 de 1998, 872 de 2003, 909 de 2004, 962 de 2005, 1474 de 2011, 1712 de 2014, y 1757 de 2015 y el Decreto Ley 019 de 2012, entre otras, las siguientes:

(...)

6. Asesorar, acompañar y capacitar a las entidades del Estado para facilitar el cumplimiento de las políticas y disposiciones sobre la gestión del talento humano, la organización y el funcionamiento de la administración pública

En el mismo sentido, el artículo 16 del mentado Decreto, con relación a las funciones de la Dirección Jurídica, preceptuó:

ARTÍCULO 16. Dirección Jurídica. Son funciones de la Dirección Jurídica, las siguientes:

1. Servir de autoridad en doctrina jurídica para las entidades y organismos del Estado en los temas de competencia del Departamento.
2. Estudiar, emitir conceptos y preparar proyectos de actos legislativos, leyes y decretos que el Director General deba someter a consideración del Gobierno nacional y hacer el seguimiento en los temas de competencia del Departamento.
3. Asesorar a las entidades públicas en la interpretación de las normas que regulan la organización y el funcionamiento del Estado y la administración del personal a su servicio
4. Impartir las directrices jurídicas y adoptar los instrumentos para la interpretación y aplicación de las normas por parte de las dependencias y demás organismos y entidades del Estado en los temas de competencia del Departamento.
5. Recopilar, clasificar y analizar, en coordinación con la Dirección de Gestión del Conocimiento, información, estudios, investigaciones y demás documentos en los temas de su competencia, para la toma de decisiones y la actualización de las políticas y herramientas a cargo del Departamento.
6. Adelantar, en coordinación con la Dirección de Gestión del Conocimiento, estudios, investigaciones y evaluaciones de la política de competencia del Departamento.
7. Asesorar al Director General y a las demás dependencias, en los asuntos, políticas, instrumentos, herramientas y consultas jurídicas que se presenten en el ejercicio de sus funciones.
8. Proponer el diseño y administrar, en coordinación con la Oficina de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, los sistemas de información y aplicativos en los cuales se compile, sistematice, actualice, publique y difunda la información normativa, jurisprudencial, doctrinal y demás relacionada con los temas de competencia del Departamento, para una mejor prestación del servicio público.
9. Definir y orientar la política de defensa judicial en los temas de competencia del Departamento.
10. Representar judicial y extrajudicialmente al Departamento en los procesos judiciales y procedimientos administrativos en los cuales sea parte, previo otorgamiento de poder o delegación del Director General y apoyar a las entidades públicas en la defensa jurídica en los temas de competencia del Departamento.
11. Establecer estrategias de prevención del daño antijurídico y participar en la definición de riesgos jurídicos del Departamento.
12. Dirigir y coordinar las actividades relacionadas con el proceso de jurisdicción coactiva y efectuar el cobro a través de este proceso de las multas impuestas a favor del Departamento por parte de las autoridades competentes o hacer efectivo ante las autoridades judiciales competentes, los derechos de crédito que a su favor tiene y verificar que se desarrolle.
13. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de competencia del Departamento.
14. Las demás inherentes a la naturaleza y funciones de la Dirección."

En virtud de lo anterior, se precisa que las competencias relativas a 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.

3. ¿Por qué se desconocen los precedentes judiciales de las altas cortes?

Téngase en cuenta la respuesta anterior, adicionalmente es importante señalar que en todos los decretos salariales que expide el Gobierno Nacional dispone:

ARTÍCULO. Competencia para conceptuar. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.”

Así las cosas, el Departamento Administrativo de la Función Pública al expedir conceptos en materia salarial y prestacional, entre ellos, los relacionados con las cesantías retroactivas tienen un carácter vinculante, razón por la cual si bien respetamos los conceptos proferidos por las Altas Cortes, y para el caso en consulta el Consejo de Estado - Sección Segunda, también lo es que no compartimos la posición planteada por ese organismo en relación la continuidad del régimen de cesantías con liquidación retroactiva, por las razones expuestas en los concepto por usted referenciados.

4. ¿Por qué no es posible liquidar las cesantías retroactivas tomando el último salario devengado percibido de un encargo?

Como se indicó en párrafos anteriores esta liquidación, se considera que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita su liquidación y se encuentra ejerciendo un encargo o una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, 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 el encargo se ejerció por el término de dos años y se pretenden liquidar definitivamente, 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.

5. Los conceptos proferidos por la Dirección Jurídica respecto a la liquidación de las cesantías retroactivas estando en encargo, ¿transgreden el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del trabajo?

Para resolver este interrogante debemos analizar el concepto del principio de favorabilidad, veamos:

En los artículos 53 Superior y 21 del Código Sustantivo del Trabajo se establece como principio que, en caso de duda en la aplicación y/o interpretación de las fuentes del derecho, siempre deberá preferirse aquella que resulte más favorable para el trabajador. Lo anterior, se conoce como el principio de favorabilidad o in dubio pro operario, cuyo alcance ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

El máximo organismo de la jurisdicción ordinaria laboral, Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL450-2018, Radicación n.º 57441 del 28 de febrero de 2018 ha señalado que:

“(…) el juez del trabajo solamente puede acudir a dicho principio constitucional cuando se halle ante una duda en la aplicación de dos o más normas vigentes y aplicables al caso, evento que es conocido como la regla más favorable o cuando tenga una duda sobre las diversas interpretaciones de la misma disposición jurídica.

Ahora bien, la Corte Constitucional en ocasiones ha diferenciado el significado de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario, en los siguientes términos:

“El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, por otro lado, implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un

caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el operador jurídico debe escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que el principio de favorabilidad solo aplica cuando exista duda sobre la aplicación respecto de dos textos legislativos, situación que nos se da en el caso presentado por usted puesto que aquí no estamos en presencia de dos normas.

6. ¿En qué Ley, Jurisprudencia o doctrina se puede apreciar lo manifestado por la Dirección Jurídica, en relación a la liquidación de cesantías retroactivas estando en encargo?

Téngase en cuenta lo indicado en la respuesta número 1 de este documento.

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 [/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

1 Sentencia C-542 de 24 de mayo de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:42