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. 20232060042572 del 23 de enero de 2023.**

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si se mantiene el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público de carrera supere un concurso de méritos, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que 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 2. 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.

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 concepto en materia salarial y prestacional entre ellos los relacionados con las cesantías retroactivas tienen un carácter vinculante, razón por la cual, reiteramos nuestra posiciónen el sentido de indicar que 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.

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 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 la comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción o 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 los tiempos en que estuvo desempeñando los encargos, se deberán liquidar conforme al régimen de

cesantías anualizadas 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, lo anterior de conformidad con el artículo 13 de la ley 344 de1996.

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 y aprobo: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4