



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

OJ - 00381 - 22

Bogotá, D.C., 19 de abril de 2022

**PARA: ELVERTH SANTOS ROMERO
Vicerrector Administrativo y Financiero**

**JORGE ENRIQUE VERGARA
Jefe División de Recursos Humanos**

**DE: JAVIER BOLAÑOS ZAMBRANO
Jefe Oficina Asesora Jurídica**

ASUNTO: Método de liquidación del régimen de cesantías retroactivo

En atención a las inquietudes y observaciones que han sido planteadas por los distintos estamentos al interior de la Universidad en lo que tiene que ver con el método de liquidación en el régimen de cesantías retroactivas y, con base en las funciones atribuidas por la Resolución 1101 de 2022, se emite el siguiente concepto por parte de esta Oficina Asesora Jurídica:

En primer lugar, se precisa que, según ha referido la jurisprudencia nacional; las cesantías comportan una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con la finalidad de que sean utilizadas para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral¹.

La Ley 6ª de 1945 21, en su artículo 12, literal f), estableció que el monto de esta prerrogativa es equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente al lapso laborado, a pagarse una vez culmine la relación laboral:

El Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6º, dispuso las pautas de la liquidación de las cesantías, así:

“ARTÍCULO 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, 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 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.”

Finalmente, la Ley 344 de 1996, en su artículo 13, dispuso que, a partir de su vigencia, las personas que se vinculen a las entidades del Estado tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Sentencia 08001-23-31-000-2011-00649-01(2993-16) del 20 de febrero 2020.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica

Ahora bien, la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad, mediante concepto OJ–866–2020, proferido tras solicitud hecha por la División de Recursos Humanos de la Universidad, el cual tocó el tema de la liquidación de cesantías retroactivas de manera transversal, adoptó la posición expuesta por el DAFP en lo relacionado con la liquidación del régimen de cesantías retroactivo para funcionarios en situaciones administrativas especiales, la cual implicaba reconocer la liquidación de la prestación con base en el salario del empleo en el cual se fuera encargado o comisionado, solamente durante el lapso en que dicha situación administrativa permaneciera.

La posición adoptada entonces se resume de la siguiente manera, según allí se expuso:

*“Teniendo en cuenta la situación particular que se presenta **cuando el empleado es encargado** en un empleo con mayor remuneración, siguiendo los criterios del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de evitar saldos negativos para el empleado al momento de regresar al empleo del cual es titular y armonizando las disposiciones de liquidación de dicho régimen, la administración debe tener en cuenta el salario del encargo sólo por el tiempo servido y el resto del tiempo con el salario del empleo del cual es titular.*”

Ahora bien, es necesario enfatizar que al ser nombrado por encargo un empleado en otro empleo en vigencia del régimen retroactivo 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 el encargo que ejerce es de carácter temporal y el empleado no deja de ser titular del empleo en el cual se posesionó.

De esta forma, como se mencionó anteriormente, cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita anticipo sobre las mismas, 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 su empleo del cual es titular. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse para evitar saldos negativos a favor de la administración.

Aquella postura fue mantenida por el DAFP en reiteradas oportunidades, como por ejemplo, los conceptos 388941, 388941, 140011 y 62721 de 2019, y ratificada por la Oficina Asesora Jurídica en Oficio OJ–1090–2020, en el que se dijo:

“En dicho sentido, y a pesar de no existir una sentencia de unificación frente al caso al pago de cesantías retroactivas a empleados en encargo, no es menos cierto que el Departamento Administrativo de la Función Pública viene desarrollando una línea de concepto desde años atrás, línea que acoge esta Oficina Asesora Jurídica, por considerarla la que más precisa en la actualidad a los casos reseñados. Por cuanto es la clara defensa de los recursos públicos. Y en este sentido esta Oficina otorgará únicamente los visados en ese sentido.”



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

No obstante lo citado, el planteamiento del DAFP parecía contrariar algunos pronunciamientos que el Consejo de Estado había realizado previamente en providencias que, si bien no tuvieron como finalidad el abordar como eje central dicha temática, si demostraban claramente la adopción de la literalidad del artículo 6 del Decreto 1160 de 1947, diferente del alcance jurídico dado por aquel.

El concepto 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777) del 15 de noviembre de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el cual se absolvió una consulta del mismo DAFP, puntualizó al respecto lo siguiente:

“El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista.

Por ello, en armonía con lo dispuesto por el artículo 150.19.e) de la Constitución Política, la ley 4ª de 1992, que establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de otros servidores, prevé que : (i) el régimen salarial y prestacional está dado en atención al empleo, a su nivel, su estructura, a la naturaleza de las funciones, de las responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño – art. 2º -; (ii) para cada cargo o categoría de cargos se fija una escala y tipo de remuneración – art. 3º -; (iii) para fijar el régimen salarial y prestacional el Gobierno Nacional debe tener en cuenta, entre otros objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado; la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad – art. 2º ibídem-

En síntesis, la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”. De esta manera y como lo consagra el artículo 19 de la ley 909 de 2004, es claro que los elementos de la noción de empleo público constituyen el núcleo básico de la estructura de la función pública.

Por su propia naturaleza, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible y por tanto puede ser variado, por razones como la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos y las limitaciones presupuestales de cada organismo o entidad – art. 2º, numerales h) e i) de la ley 4ª de 1992 -³.

Sin embargo, como una vez vinculado el empleado a la administración entra a gozar de los derechos constitucionales y legales previstos, entre otras disposiciones, en el artículo 53 de la



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

Carta y en la ley 4ª de 1992 - dentro de los cuales se destacan los derechos adquiridos, la no desmejora de salarios y prestaciones sociales y el respeto a la carrera administrativa -, el ordenamiento jurídico establece regímenes de transición que permiten armonizar la necesidad de mutabilidad del régimen salarial y prestacional con los derechos adquiridos de los empleados públicos.

(...)

2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos [17](#) de la ley 6ª de 1945 y 1º del decreto 2567 de 1946. Esta última norma dispuso:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

Como lo precisó esta Sala en Consulta 1448 de 2002, el régimen de cesantías previsto en las anteriores normas “(...) tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios⁵. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, **lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre”.**

(...)

Respecto de los servidores vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 344 se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia [C-428](#) de 1997. Allí se precisó:

“Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.” (Negrita nuestra)

Del referido pronunciamiento puede concluirse que, en efecto, el régimen de cesantías retroactivas podía en determinados casos llegar a generar un desequilibrio económico respecto de la relación laboral constituida originariamente, no obstante, dicha situación no podía afectar o desmejorar el



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

régimen laboral ni los derechos adquiridos por los funcionarios beneficiarios del mismo, más aún, la eventual carga diferencial se impuso al empleador.

Ahora bien, lo anterior, también fue el motivo para que el legislador extinguiera paulatinamente el régimen de cesantías retroactivas e impusiera el régimen anualizado, empero, como es lógico, con la previsión de un régimen de transición respetuoso de los principios de no regresividad y derechos adquiridos y solo a las relaciones laborales que surgieran a partir de la reforma. Como se leyó, esta fue la forma como la misma ley previó la protección de los recursos públicos, y no como pareció entenderlo el DAFP, a través de la interpretación extensiva que del precepto legal hizo.

Esta postura del Consejo de Estado fue reiterada en fallos posteriores en los que no se abordaba la liquidación de las cesantías retroactivas para situaciones administrativas especiales como eje de la discusión, pese a que allí puede leerse, por ejemplo:

“La sala al realizar el análisis de la liquidación de las cesantías por el régimen retroactivo determina que esta se liquidará por todo el tiempo de servicios tomando como base el último sueldo devengado por el servidor “ De acuerdo con las pruebas documentales que obran en el expediente y comoquiera que la vinculación laboral de la actora con la entidad territorial demandada, acaeció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se infiere que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías previsto entre otras disposiciones concordantes, por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 1º de Decreto 2767 de 1945, normatividad que impone a las entidades el deber de liquidar dicha prestación de los empleados con base en el último sueldo devengado, por todo el tiempo de servicios.”² (Subrayado nuestro)

Como puede verse, la interpretación dada por el DAFP, si bien tenía como sustento la protección de los recursos públicos, era una previsión que el legislador ya había hecho, además, desconocía los fundamentos y principios generales del derecho expuestos en los pronunciamientos del máximo tribunal en lo contencioso administrativo.

Sin embargo, debe decirse que la teoría del DAFP hizo eco en varias entidades públicas, generando un punto de debate sobre la interpretación, alcance y aplicación de la norma.

Corolario de ello, se inaplicó en algunos casos el modo de liquidación establecido en el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947 ya citado en este escrito, hecho que dio paso a que el Consejo de Estado aclarara tal confusión, como lo hizo en reciente sentencia³, en la que esta vez sí, teniendo como asunto objeto el régimen de liquidación de las cesantías retroactivas y como punto de debate la posición asumida por el DAFP, en un caso puntual, la desestimó.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Sentencia 08001233100020110124101 (4269-13) del 26 de mayo de 2016.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Sentencia 25000-23-42-000-2014-02697-01 (0232-2018) del 09 de septiembre de 2021.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica

La providencia data del mes de septiembre de 2021, y señala puntualmente:

“39. Ahora bien, la posición del FONCEP, así como la de la Secretaría de Educación Distrital consistió en que según concepto del DAFP rendido en Oficio de 10 de abril de 2011 E- 2011-070655, cuando se presentan retiros parciales de cesantías, de manera concomitante con situaciones administrativas como el encargo, deben realizarse liquidaciones parciales para ser liquidadas separadamente, con el salario del encargo y con el salario del empleo del que «se es titular»”.

Para resolver el caso la sala realizó el siguiente análisis, el cual nos permitimos citar *in extenso* habida cuenta que constituye el objeto que pretende dilucidarse en esta oportunidad.

Refirió el fallador:

“41. Como se aprecia en este caso la demandante se desempeñó, sin solución de continuidad en la misma Secretaría de Educación Distrital, en un principio como auxiliar administrativa por un corto lapso, toda vez que desde el año 1998 se le encargó durante varios periodos discontinuos para ejercer diferentes empleos y finalmente, de manera continua se le encargó desde el 1.º de noviembre del año 2001 como técnico 401-12 y luego desde el año 2007 como profesional universitario 219 -18 hasta el momento de su retiro de la entidad, que ocurrió el 10 de enero de 2013, cuando se le aceptó su renuncia a través de la Resolución 010 de la misma fecha.

42. Según la norma en cita, se debe tomar como base el último sueldo devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, lo cual no ocurrió en este caso, comoquiera que desde el año 2007 la demandante laboró, en encargo, en la misma entidad, y sin solución de continuidad, como profesional universitario 219 -18 hasta la fecha de la aceptación de su renuncia.

43. Ahora bien, un aspecto importante que debe analizarse es el impacto que el encargo como situación administrativa tiene sobre la liquidación de las cesantías definitivas, pues según se indicó, a el DAFP en su concepto estimó que el salario del encargo solo se debe tener en cuenta para liquidar las cesantías por el tiempo del encargo y el tiempo restante se liquida con el salario que tenía el empleado en su cargo titular.

44. Como lo ha sostenido esta Corporación, el encargo se entiende como la designación temporal que se le otorga a un empleado de carrera administrativa para asumir total o parcialmente las funciones de otro empleo por ausencia de su titular (temporal o definitiva), lo que conlleva a que se desvincule de las funciones propias del cargo del que es titular, con lo cual, se trata de una forma de proveer transitoriamente los empleos mientras se adelanta el proceso de selección y se constituye en un derecho preferencial para el empleado en carrera, siempre que acredite los requisitos para su ejercicio.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

45. Al respecto, el Decreto 1252 de 2000, arriba citado, señala que los servidores públicos que se encuentran disfrutando el régimen de cesantías retroactivas, se encuentran habilitados para gozar del mismo, hasta tanto persista su vinculación laboral en el organismo o la entidad respectiva, es decir, que la citada situación administrativa, no interrumpe la continuidad en el servicio o la antigüedad en el empleo del que es titular, lo cual sucede sólo con la terminación legal del vínculo laboral.

46. En este caso no se encuentra en discusión que la demandante percibió el salario del empleo para el cual fue encargada y además se aprecia, que no hubo solución de continuidad, ni cambio de empleador, por lo que **no es razonable que se pretenda dar otra interpretación a las pautas dadas por el artículo 6.º del Decreto 1160 de 1947, norma que no exige para la liquidación de las cesantías definitivas desempeñarse en carrera administrativa**, con lo cual se advierte que le asistió razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando accedió a ordenar el reconocimiento de las cesantías definitivas de la demandante, en el sistema de retroactividad a la luz del artículo 6.º del Decreto 1160.(negrilla fuera de texto).

50. En este caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que no era procedente imponer condena en costas toda vez que la actuación de la entidad no fue dilatoria, aspecto, con el que no estuvo de acuerdo el apoderado de la accionante al estimar que la tesis esgrimida de la administración carecía de sustento jurídico”. **(Negrita y subrayado nuestro)**

Con base en los anteriores planteamientos, se estima preciso reconsiderar la postura de la oficina asumida en el concepto OJ – 866 de 2020 y oficio OJ – 001090 de 2020, dando paso a la aplicación de las liquidaciones respecto del régimen de cesantías retroactivas para el personal de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, con base en lo establecido por el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947, como lo tiene establecido la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en nuestro país.

Cordialmente;

JAVIER BOLAÑOS ZAMBRANO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Oscar Gerardo Arias Escamilla/Asesor 1 OAJ- UDFJC