

120.08.01
Santiago de Cali,

Doctor
GUSTAVO ALFREDO DELGADO GARCIA
Subdirector Administrativo de Prestaciones Sociales y Nomina
Presente.-

Asunto: Solicitud de concepto CACCI-5447

En ejercicio de las competencias atribuidas a esta Oficina Asesora mediante Ordenanzas Departamentales 101 y 122 del 2001, y demás normas reglamentarias de la Estructura Administrativa, Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, la suscrita Jefe de Oficina procede a pronunciarse sobre el concepto solicitado dentro de los 15 días adicionales que se indicó oportunamente al petente se le respondería.

1. MATERIA DE CONSULTA

Expresa el consultante

*“De manera atenta, me permito solicitar concepto jurídico en relación con la aplicación de cesantías régimen retroactivo para funcionarios que se encuentran en cargos de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN en calidad de COMISIÓN, con el objeto dar respuesta a la solicitud de CACCI No. 2277 del 03 de Marzo de 2.018 de la Dra. AMANDA MADRID PANESSO, en la cual hace referencia a la respuesta del Departamento Administrativo de la Función Pública Rad. # 20186000078291 del 14 de marzo de 2018 (se anexa documento).
(...)”*

Así mismo, me permito referenciar algunos apartes con los cuales se sustentó el procedimiento efectuado en esta Subdirección Administrativa, fundamentado en los siguientes elementos:

El DAFP en respuesta a la consulta elevada por la funcionaria, se remite a los conceptos que sobre el mismo interrogante ha emitido (rad. # 201760000187171), concluyendo entre otros lo siguiente: “Como primera medida, resulta necesario precisar que esta Dirección Jurídica, con fundamento en el Decreto 1252 de 2000, y la Ley 344 de 1996, considera que el empleado 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” y añade:

- 1. “Las cesantías durante el tiempo que se ejerció el empleo de libre nombramiento y remoción deberá ser reconocido en régimen anualizado.*
- 2. “...no existe fundamento para que el empleado que perciba cesantías anualizadas durante el tiempo que dure la misma, vea afectado su derecho a seguir percibiendo las cesantías en régimen retroactivo, una vez que retorne al empleo del cual es titular”. Vale la pena ratificar que la referencia que se hace en el numeral 2 no es otra diferente a que el funcionario que goce del régimen retroactivo no lo pierde, solo queda en suspensión durante el encargo y las retoma una vez regrese a la titularidad de carrera, tal y como se le ha expresado en varias ocasiones.*

Lo anterior se aplica en dicho concepto en los numerales 8, 9, 10, 11 y 12, cuando se está hablando es del DERECHO retroactivo, el cual No se pierde, ya que obviamente son derechos adquiridos e irrenunciables.

De igual manera solicito se tenga en cuenta la sentencia C.E. 1777 de 2006, que se manifiesta para los casos de comisión de libre nombramiento y remoción y puede aportar más elementos de juicio para el caso que nos ocupa.

Ahora bien, en consulta elevada por esta Subdirección, el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio de radicado 20186000068561 fundamenta la respuesta sobre los mismos conceptos dados a la consulta elevada por la Dra. MADRID PANESSO, los cuales y con el ánimo de no repetir en esta comunicación se anexan para su valoración.

De otra parte, atendiendo la evaluación constante de cifras contenidas en los estados financieros, la Entidad no puede generar anticipo de cesantías a un funcionario sobre un hecho del cual tiene previo conocimiento que no se va a poder cubrir en el periodo determinado de tiempo en que dure la comisión, en este sentido se pronuncia también el DAFP cuando se refiere a "...evitar valores negativos para la Entidad producto de anticipo."

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Sea lo primero advertir que esta oficina ya emitió concepto al peticionario sobre el tema de consulta el pasado 10 de octubre de 2017, por lo que me permito transcribirle nuevamente las conclusiones de dicho concepto y que consolida la posición jurídica de esta oficina.

"...

Expresado lo anterior, la oficina puede concluir que la comisión de que son objeto los empleados de carrera administrativa, para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, son una situación administrativa especial, y tiene para el caso en examen dos premisas bien diferenciadas:

La primera, es el ejercer por parte de un empleado de carrera administrativa en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción en una Entidad diferente a la cual desempeña su cargo de carrera, en dicho caso, hay robusta jurisprudencia en el que reitera que el régimen prestacional será el de la Entidad en la cual ocupa el cargo de Libre nombramiento y remoción, es decir, si su régimen de cesantías era retroactivo, estamos frente a un nuevo nombramiento y vinculación laboral en otra entidad, por lo cual su régimen de cesantías será anualizado.

Situación contrataría a la presentada en segundo lugar, cuando su vinculación en comisión en cargo de libre nombramiento y remoción es en la misma entidad, si su régimen de cesantías es retroactivo lo conserva, pues no hay rompimiento del vínculo laboral, el funcionario sigue al servicio de la misma Entidad, por lo mismo su régimen de cesantías no cambia, de acuerdo a lo preceptuado por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifiquen y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996, Artículo 13 de Ley 344 de 1996, los Decretos 1252 de 2000 y Artículo 3 del 1919 del 2002.

Ahora bien, tratándose de encargos la liquidación de cesantías retroactivas será proporcional al tiempo laborado en el encargo. En diferentes pronunciamientos el Departamento Administrativo de la Función Pública ha conceptualizado al respecto en los siguientes términos:

"Cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita anticipo de cesantías, el salario del encargo solamente se tendrá en cuenta para liquidar la parte pertinente de cesantías correspondiente a dicho encargo y el resto se liquida con el salario del cargo del cual es titular. Por ejemplo, si el encargo se ejerció en los 2 últimos años a la fecha del anticipo y el empleado lleva vinculado a la Entidad 10 años, el salario del Encargo se tiene en cuenta para liquidar el avance de cesantías por los 2 años que duró el mismo y los otros 8 años se liquidan con el salario que tenía el empleado en su cargo titular antes de ser encargado".

Pudiendo entonces concluir, que esta última fórmula aplicaría para el reconocimiento de pago de anticipo de cesantías a funcionarios en Encargo y en y remoción, para funcionarios con régimen de cesantías retroactivas.

Se anexa concepto referenciado.

Atentamente,

(FDO- ORIGINAL)
LUZ ANGELA TELLEZ DELGADO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: ROSA LILIANA OGONAGA ANTURY-Profesional Universitaria