



Concepto 102911 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000102911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000102911

Fecha: 24/03/2021 05:44:57 p.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – Auxilio de Cesantías ¿Cómo se liquidan las cesantías del régimen retroactivo? Radicación No. 20219000102502 del 25 de febrero de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con el régimen de cesantías retroactivo, para lo cual me permito informarle que los mismos serán resueltas en el orden que fueron presentados:

1. Los documentos encontrados en el archivo de la entidad, en los que se señala “*Por medio de la presente quiero ratificar mi voluntad de ser cobijado por la Ley 50 de 1990 y al mismo tiempo solicito que mis cesantías sean consignadas en el fondo administrado por PORVENIR S:A., toda vez que me he enterado de sus servicios y deseo ser afiliado a ese fondo*”. ¿Cumplen con los requisitos de que trata la ley 100 de 1993 y configura su decisión de cambio de régimen de cesantías retroactivas para ser acogidos por el régimen contemplado en la ley 50 de 1990, esto es el régimen anualizado de cesantías y por consiguiente dejan de ser beneficiarios del régimen de retroactividad?

Para este interrogante, es importante señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y no le corresponde la resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante, de manera general me permito indicarle la normativa relacionada con la liquidación de las prestaciones sociales en una entidad del Sistema Nacional de Salud del nivel territorial de la siguiente manera:

El Artículo 30 de la Ley 10 de 1990, dispuso que “*A los empleados públicos del sector de la salud, de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el Artículo 17 de la presente ley*”.

Posteriormente y como reglamentario de la Ley 10 de 1990 fue expedido el Decreto 1399 de 1990, el cual señaló en el Artículo 4º que a los

empleados públicos y los trabajadores oficiales se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la respectiva entidad a la cual se les hace la nueva vinculación, sin que pueda disminuirse los niveles de orden salarial y prestacional propios de la respectiva entidad liquidada o suprimida.

De esta forma, tratándose de una entidad del Sistema Nacional de Salud del nivel territorial, es necesario considerar que con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990 y en virtud a que la salud como servicio público estaba a cargo de la Nación, el Sistema Nacional de Salud se estructuró y organizó con un régimen jurídico propio, aplicándoseles a los empleados públicos del subsector oficial el régimen salarial y prestacional establecido para la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, derivando de ello una connotación especial para dichos empleados, consistente en que aquellos vinculados a los Servicios Seccionales de Salud, a pesar de pertenecer al orden territorial, las normas aplicables en materia salarial y prestacional eran las del orden nacional.

En consecuencia, los empleados públicos del sector salud vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990, en materia salarial y prestacional, estaban regidos por las normas aplicables a los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional, es decir, los Decretos 1042 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968 y 1045 de 1978, Ley 70 de 1989, entre otras.

Es así como, en virtud del Decreto 3135 de 1968, los empleados del sector salud debieron encontrarse regidos por el régimen anualizado de cesantías, situación que se desconoció por muchas entidades del nivel territorial, - que a pesar de ello pactaron régimen retroactivo de cesantías - por lo que en la Ley 10 de 1990 se ratificó dicho régimen y finalmente en la Ley 100 de 1993¹, se realizó expresamente la prohibición de pactar el régimen de cesantías retroactivo a tales empleados, así:

ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. <Ver Notas del Editor> *El fondo del pasivo Prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.*

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta Ley tienen derecho a ello, conforme al Artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en esta, será asumido por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma Ley.

A partir de la vigencia de la presente Ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Posteriormente, 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 otra parte, en relación con la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998² señala:

ARTICULO 2o. Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

PARÁGRAFO. En el caso contemplado en el presente Artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Este hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 14 de la Ley 344 de 1996.

En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial. (Negrita y subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior lo anterior, la afiliación de los empleados públicos territoriales a un fondo de cesantías se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes para la entidad pública y que el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías es responsabilidad de la misma.

Así las cosas, la entidad puede celebrar convenios para administrar cesantías con otros fondos privados o con el Fondo Nacional del Ahorro, cuando lo haga, el traslado no significa que le esté cambiando al servidor público con régimen de retroactividad en la cesantía su régimen, si lo traslada al Fondo Nacional de Ahorro u otro fondo, no le está haciendo un cambio de régimen, está cambiando de entidad pagadora y administradora de esa prestación social. Por tanto, la ley ordena que, una vez perfeccionado el traslado por decisión del funcionario o la entidad, se le giren las doceavas al Fondo Nacional de Ahorro, en tanto que la retroactividad es una obligación de la respectiva entidad empleadora, que tiene a cargo el mayor valor de que trata el parágrafo del Artículo 5 de la Ley 432 de 1998.

Por tanto, se considera que el empleado que tiene una nueva vinculación al realizarse un nuevo nombramiento y una nueva posesión en la nueva entidad, se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior, por consiguiente, la entidad deberá liquidar las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho durante el tiempo laborado, de acuerdo con las normas legales vigentes que rigen la materia, a partir de aquel momento.

En este orden de ideas, los empleados vinculados antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, podrían estar en el régimen retroactivo de liquidación de cesantías, siempre que la entidad lo hubiere pactado y que los empleados no hayan hecho el cambio de régimen, no obstante con la expedición de la Ley 344 de 1996, aquellos empleados públicos que se vincularon a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley pertenecen al régimen de cesantías anualizadas el cual se caracteriza por 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.

2. En relación a este interrogante, esta Dirección no se pronunciará ya que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2015, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos la legalidad de las actuaciones de las entidades, estas declaraciones le corresponden a los Jueces de la República.

3. ¿Cómo se hace el cálculo, en caso de que un funcionario haya realizado retiros parciales de cesantías a la fecha en la cual este solicitó el traslado del régimen?

Frente a la liquidación de las cesantías el Decreto 1160 de 1947, establece:

«ARTÍCULO 1o. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, háganse 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 2o. 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 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.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que en caso de que se establezca que hubo un traslado de régimen de cesantías, se deberá liquidar las cesantías retroactivas hasta el año en que realizó el supuesto traslado con el salario devengado para ese momento y posterior a esa fecha con el régimen anualizado, teniendo en cuenta los anticipos de cesantías solicitados por el empleado público.

4. En relación con este interrogante, téngase en cuenta la respuesta dada en el anterior numeral.

Frente a los interrogantes 5, 6, 7, 8 de su consulta, es necesario se verifiquen las condiciones de los convenios suscritos con los fondos administradores de cesantías.

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. El inciso tercero del artículo 242 de la Ley 100 de 1993 establece: "A partir de la vigencia de la presente Ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable"

2. "Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 50. de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia".

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:18:26