

**Función Pública**

Concepto 187301 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000187301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000187301

Fecha: 04/04/2024 11:34:32 a.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – Auxilio de Cesantías. Radicación No. 20242060204832 del 04 de marzo de 2024.

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, modificado por el Decreto [1603](#) de 2023², este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

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, 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, daremos respuesta sus interrogantes de manera general de la siguiente manera:

Inicialmente, el régimen de liquidación de cesantías por retroactividad 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, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento legal se encuentra establecido en los artículos [17](#) de la Ley [6](#) de 1945³, [1](#) del Decreto [2767](#) de 1945⁴, [1](#) y [2](#) de la Ley [65](#) de 1946⁵, [2](#) y [6](#) del Decreto [1160](#) de 1947⁶ y [2](#) del Decreto [1252](#) de 2000⁷, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

El segundo, régimen de liquidación de cesantías por anualidad, de forma general aplicable a los empleados del orden nacional, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley [50](#) de 1990⁸, pero con la entrada en vigencia de la Ley [344](#) de 1996⁹, se extendió a los públicos del orden territorial y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, lo cual cubre a las personas vinculadas a

partir del 31 de diciembre de 1996, en el orden territorial, como ya se dijo.

De acuerdo con lo anterior, todos los empleados públicos, tanto del orden nacional y territorial cuentan con un régimen de cesantías diferenciado, para el territorio depende de la fecha en la cual se hayan vinculado a la Administración, de modo que existen los empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por retroactividad y los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por anualidad.

La Ley 432 de 1998¹⁰, señala:

ARTÍCULO 5. AFILIACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

(...)

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

(...)

PARÁGRAFO. En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora. (Negrita y subrayado fuera del texto).

De otra parte, respecto a la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998¹¹ señala:

ARTÍCULO 2. 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).

Ahora bien, el H. Consejo de estado mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2008 señaló lo siguiente respecto a una servidora pública beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, que se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su

intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador:

(...) Como se advierte, el decreto 1582 de 1998 regula tres situaciones respecto del régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial:

Primero, la de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que no es el caso de la actora pues esta ingresó a la administración distrital el 20 de febrero de 1979, a quienes se les dio la posibilidad de afiliarse a los fondos privados de cesantías y quedar gobernados por los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990 o afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro y regirse por el artículo 5 de la ley 432 de 1998 (artículo 1).

Segundo, la de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidieron acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, que tampoco es la situación de la demandante, pues no obra escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad (artículo 3).

Tercero, la de los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6o. de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas “administren” en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2). Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado.

Ahora bien, en esta última hipótesis el decreto prevé la suscripción de un convenio suscrito entre los empleadores y el fondo, en el que 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”.

El interrogante que surge es si la suscripción de ese convenio es prerequisite para poder optar por la posibilidad que brinda el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998. La Sala considera que no. El convenio como tal no constituye presupuesto para que el empleado pueda afiliarse al Fondo Privado en orden a que administre sus cesantías retroactivas. No puede quedar en manos del empleador el ejercicio de un derecho que el ordenamiento jurídico ha consagrado a favor del empleado, de suerte que ante la ausencia de convenio no es viable predicar que la norma carezca de efecto y que, por ende, aquel no pueda optar por escoger la administradora de cesantías que a bien tenga.

La Directora de Estudios y Conceptos y el Subsecretario de Asuntos Legales de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en concepto No. 81 del 5 de enero de 2000 (folios 92 y siguientes), sostuvieron:

“(...) cuando una persona que goza del régimen de retroactividad de la cesantía desea trasladarse a un fondo privado de manera directa e individual, no requiere la existencia de un convenio entre el empleador y el fondo, sino que lo puede hacer libre y personalmente. Por lo debe (sic) entenderse que la intención del Decreto 1582, al establecer el convenio, fue la de determinar cómo se va a pactar el pago de los dineros correspondientes a la retroactividad por parte de la entidad pública (...)”.

Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación. Así cuando la demandada procedió a liquidar las cesantías ha debido tomar en consideración los anteriores hechos. No lo hizo, sino que de manera desacertada consideró que con el cambio de administradora se había renunciado implícitamente al beneficio de la retroactividad y optado por la anualidad en la liquidación y pago de la prestación. (...)”

Así mismo, este Alto Tribunal¹² en relación con la viabilidad de que los empleados cobijados por el régimen retroactivo de cesantías se acogieran

al anualizado, a partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, estableció:

“Ahora bien, en cuanto al nuevo Régimen de Cesantías para el Sector Público, el artículo 13 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, contempló el siguiente tenor literal:

“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.

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.” (Negrillas fuera del texto)

La anterior normativa fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 1997, declarando exequible la liquidación definitiva de cesantías por anualidad, sobre el particular indicó lo siguiente:

“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.” (Se Destaca) (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior para los empleados públicos, las cesantías en régimen retroactivo se constituyeron como un derecho hasta el día 31 de diciembre de 1996, fecha de publicación de la Ley 344 de 1996, a partir de esa fecha, los empleados que ingresaran al servicio de las entidades públicas se encontraban en el régimen de cesantías con liquidación anualizada.

Una vez fue publicada la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, los empleados que se encontraban en régimen retroactivo de cesantías podían voluntariamente, acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías.

Ahora bien, aquellos servidores públicos del nivel territorial que se encuentran en el sistema tradicional de retroactividad y deseen afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, para la administración y pago de sus cesantías, podrán hacerlo en virtud de convenios previamente suscritos entre el empleador y el respectivo fondo.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia anteriormente descrita, la ausencia de la suscripción de dicho convenio no es un supuesto para que el empleado con las cesantías en el régimen de liquidación retroactiva y que se traslade a un Fondo Privado de manera directa, a efectos de que administre sus cesantías retroactivas, pierda el régimen, si su intención es continuar con dicho régimen, en el entendido que es un derecho consagrado a favor del empleado.

Conforme a lo anterior daremos respuesta a sus interrogantes de manera general y dentro de nuestras competencias, veamos:

1. Se brinde una asesoría acerca de los criterios de legalidad y uso de los recursos públicos en cuanto a las peticiones realizadas por los funcionarios de la entidad

Es importante precisar que este Departamento Administrativo carece de competencia para conceptuar sobre los actos administrativos que se hayan dictado relacionados con el reconocimiento de las cesantías al interior de la entidad y menos aún para pronunciarse frente a la legalidad de los mismos; la competencia para dirimir este tipo de inquietudes y conflictos que puedan presentarse le corresponden a los Jueces de la República. Por tanto no nos pronunciaremos al respecto.

2. Se realice un acompañamiento en el proceso para tomar decisiones.

Se reitera que no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

3. El cambio de régimen de liquidación de cesantías realizado por la administración en el año 2015 fue legal

Se insiste que la legalidad de los actos administrativo se encuentra en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, como quedo arriba señalado, él es procedente el cambio de régimen de liquidación de cesantías, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se puede acoger de manera voluntaria al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías y afiliarse a los Fondos Privados con tal fin, sin perder el régimen de liquidación de cesantías retroactivo.

Por tal razón, la administración no puede de manera unilateral cambiar el régimen de liquidación de cesantías sin que medie la voluntad del servidor.

Para el caso en concreto, no podrán retornar al régimen retroactivo, por cuanto existe una presunción de legalidad en los actos realizados por las entidades, de igual manera si a bien lo tienen podrán acudir al juez o autoridad competente para lograr el reconocimiento y declaración de derechos particulares, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

4. Se informe si es procedente para la administración realizar la liquidación del ajuste del Régimen Retroactivo y si es viable seguir liquidando en el régimen anualizado.

Se reitera lo señalado en la respuesta número 2.

5. ¿Ya prescribieron los derechos de los peticionarios?

Esta Dirección acogiendo los criterios planteados por la Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, ha considerado que el término de prescripción de los derechos salariales de los servidores públicos es de tres (3) años. En la citada sentencia la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que

consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues “la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales”. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, manifestado lo siguiente “La Sala comparte el criterio expuesto en las citadas sentencias del Consejo de Estado, según el cual el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo unificó el régimen de la prescripción en materia laboral, tanto para trabajadores particulares como para empleados oficiales” (...)“(...) Considera la Sala que a partir de dicha disposición quedaron derogadas las normas que establecían prescripciones especiales para trabajadores particulares y empleados oficiales (...)”：“(...) con base en las anteriores premisas y abarcando un panorama más amplio del que ha estado dentro de las proyecciones de este razonamiento, es forzoso llegar a las siguientes conclusiones:“(...) .Salvo lo dispuesto en normas que establezcan regímenes prescriptivos especiales como las ya citadas del ramo militar y las relativas a vacaciones y a la prima correspondiente v.gr., las acciones inherentes a los derechos consagrados en beneficios de los empleados oficiales de la rama ejecutiva, por disposiciones distintas de las del Decreto 3135 de 1968, están sometidas a la prescripción instituida en el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo). “Salvo lo establecido en disposiciones especiales están sujetas a la prescripción del artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 (3) tres años las acciones que emanen de derechos consagrados en beneficio de los demás servidores del Estado como son los de la Rama Jurisdiccional y los de las entidades territoriales”.

A su vez, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, dispone:

“Art. 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

De otro lado, el Decreto 1848 de 1969¹³, en su artículo 102 dispone que “las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968¹⁴ y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.”

Igualmente señala que “el simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

En virtud de lo anterior, en concepto de esta Dirección Jurídica, en materia de prescripción de derechos prestacionales, como en el caso de cesantías, prescriben en un lapso de tres años contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles. No obstante, es necesario tener en cuenta que las solicitudes del derecho por escrito suspenden el tiempo de la prescripción por un lapso igual.

6. Se pronuncie frente a la validez de las respuestas otorgadas por la secretaria general del municipio.

En primer lugar, es importante precisar que los Actos Administrativos han sido definidos por la doctrina como “*las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos*”¹⁵.

Con respecto a la emisión y nacimiento del Acto Administrativo se precisa que para que éste pueda nacer a la vida jurídica debe reunir los requisitos y procedimientos consagrados en la ley, por lo tanto, cualquier autoridad pública puede emitir actos administrativos, independientemente del nivel al que pertenezcan, es decir, pueden ser expedidos por autoridades del orden nacional, territorial o por los órganos de control.

De igual forma, la doctrina ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto; es decir, la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

Por lo anterior, en caso de haber cumplido con los anteriores requisitos los actos administrativos son válidos.

Para mayor 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
3. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.
4. Por el cual se determinan las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los Departamentales y Municipios
5. Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras
6. Sobre auxilio de cesantía.
7. Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.
8. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones

9. Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

10. “Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”.

11. “Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “b” Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-90333-01(0393-06)
actor: Helvert Vega Hernández Demandado: Municipiodela Palma.

13. “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.”

14. “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

15. RODRIGUEZ R. Libardo: Derecho Administrativo General y Colombiano, 14 ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2005.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:12