



Función Pública

Concepto 431 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000000431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000000431

Fecha: 05/01/2015 09:58:57 a.m.

Bogotá D.C.

REF: PRESTACIONES SOCIALES.- Reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas empleados de la salud. RAD.- 20142060196542 del 20 de Noviembre de 2014

En atención a su escrito de la referencia, remitido a este Departamento por parte del Ministerio del Trabajo, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Los servidores públicos de entidades de la salud del nivel territorial que prestaron sus servicios a partir del año 1979 tienen derecho a que se les reconozca y pague en forma retroactiva sus cesantías?

¿Es viable que en virtud de un contrato de concurrencia suscrito en el año 2008 entre el Ministerio de Hacienda, la Gobernación del Magdalena y la ESE Hospital Nuestra Señora del Carmen de Guamal Magdalena se haya cancelado las cesantías retroactivas correspondientes a los años 1979 y 1993 de los trabajadores de la ESE?

¿Qué factores de salario se deben tener en cuenta para la liquidación de las cesantías?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso atender lo preceptuado en el artículo [123](#) de la Constitución Política, el Decreto Ley [3135](#) de 1968, la Ley [10](#) de 1990.

1.- En atención al primer interrogante de su planteamiento jurídico, referente a establecer si los servidores públicos de entidades del área de la

salud del nivel territorial que prestaron sus servicios a partir del año 1979 tienen derecho a que se les reconozca y pague en forma retroactiva sus cesantías; me permito indicarle:

En primer lugar, deben precisarse las diferencias entre los trabajadores oficiales y los empleados públicos, para que en el caso en particular pueda determinar su régimen de vinculación.

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

“ARTÍCULO 5°. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Para mayor ilustración, a continuación se enunciarán las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial:

- El Empleado Público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un Trabajador Oficial suscribe un contrato de trabajo;

- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los Trabajadores Oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. 3135/68)

- El régimen jurídico que se aplica a los Empleados Públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los Trabajadores Oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

- A diferencia de los empleados públicos, la relación laboral del trabajador oficial con la administración tiene implicaciones bilaterales, esto significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar los salarios, las condiciones de trabajo, la jornada laboral, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores públicos.

- En relación con el trabajador oficial, es importante tener en cuenta que este se vincula mediante contrato de trabajo, su relación es negociada y se rige por lo señalado en el contrato de trabajo, en la convención colectiva, en el reglamento interno o en la Ley 6 de 1945 y en el Decreto reglamentario 2127 de 1945, es por ello que este tipo de servidores pueden contemplar dentro de su salario el reconocimiento y pago de elementos salariales y prestacionales diferentes a los de los empleados públicos.

Con respecto a las normas aplicables a los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado, se encuentra lo siguiente:

El Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, relacionado con las normas aplicables a los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado señaló:

“ARTÍCULO 195.- Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

(...).”

Por su parte la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones señala:

“ARTÍCULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

(...)

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”

(...)

ARTÍCULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de

carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de 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”.

Adicionalmente a lo anterior, el Ministerio de Salud de la época, en Circular No. 12 del 6 de febrero de 1991 fijó pautas para la aplicación del párrafo del artículo 26 de la ley 10 de 1990, sobre clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector Salud de la siguiente manera:

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Igualmente, es necesario precisar qué se entiende por Servicios generales.

“ Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras ”.

De lo anterior se colige que en las Empresas Sociales del Estado del sector salud, la ley dispone con claridad que la regla general es que los servidores públicos ostenten la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera, y sean trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Ahora bien, 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 4° 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).

Es posible pues que los empleados del sistema de seguridad social en salud se encuentren afiliados al Fondo Nacional del Ahorro gozando del régimen anualizado de cesantías, en cumplimiento de las normas sobre la materia o que se encuentren en el régimen retroactivo de cesantías situación que era posible pactar hasta antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, como se ha anotado anteriormente.

Así las cosas, si la entidad pactó el reconocimiento de cesantías en forma retroactiva, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, ese será el régimen de los empleados; en caso contrario, los empleados se encontrarán en el régimen de liquidación de cesantías de forma anualizada.

2.- Ahora bien, es preciso señalar que como se indicó al inicio del presente concepto los trabajadores oficiales se rigen por las estipulaciones consignadas en el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo, en consecuencia, se considera que la entidad debe acudir en primera instancia a lo regulado en ellos con el fin de determinar si se ha contemplado el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

De igual manera, debemos tener en cuenta que de no haberse señalado en los anteriores instrumentos nada sobre los aspectos salariales o prestacionales de los trabajadores oficiales, deberán remitirse a lo señalado en la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a elementos salariales y prestaciones sociales mínimos se refiere.

3.- Finalmente y como quiera que según su escrito existe un contrato de concurrencia suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento del Magdalena y la ESE Hospital Nuestra Señora del Carmen de Guamal, en el cual se liquidó y pagó lo concerniente a las cesantías retroactivas de los servidores públicos de la citada ESE, para el período correspondiente del año 1979 a 1993, contrato del cual este Departamento Administrativo no tiene conocimiento alguno, le sugiero respetuosamente que eleve sus inquietudes directamente a la ESE Hospital Nuestra Señora del Carmen de Guamal, para que le resuelvan directamente sus inquietudes.

4.- En atención a la segunda parte de su escrito donde manifiesta que en la liquidación de las cesantías únicamente le tienen en cuenta la asignación básica, me permito manifestarle que los factores para la liquidación de las cesantías se encuentran contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no obstante y en atención a lo preceptuado en el artículo 40 ibídem donde se establece que para el reconocimiento y pago de las cesantías se deberá tener en cuenta lo pactado convencionalmente, en criterio de esta Dirección Jurídica, para determinar los factores de liquidación de las cesantías de un trabajador oficial, se considera pertinente revisar lo convenido en el contrato de trabajo, el reglamento interno o en la convención colectiva en el evento que exista; en caso de no haberse pactado sobre el particular, se deberá acudir como ya se advirtió a los factores de salario contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MAIA VALERIA BORJA GUERRERO

Profesional Especializado

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”

Harold Herreño/ MVBG/GCJ-601

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:17:39