



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000128321

Fecha: 11/09/2014 05:17:34 p.m.

Bogotá D. C.,

Doctor:

JESUS ANTONIO GIRALDO

Alcalde Municipal del Libano - Tolima

Calle 5 No. 10 - 48

E-mail: alcalib@latinmail.com

REF. PRESTACIONES SOCIALES. Régimen retroactivo de cesantías. **RAD. 20142060115052**
del 29 de julio de 2014.

Respetado Doctor:

En atención a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual pregunta sobre régimen retroactivo de cesantías, me permito manifestarle que esta Dirección ya se ha pronunciado respecto al tema objeto de consulta, por lo que me permito remitirle copia del concepto con radicado No. 20146000013011 de fecha 28 de enero de 2014, en el cual se concluyó lo siguiente:

"No obstante, si no fue su voluntad acogerse a dicho régimen y los servidores se afiliaron a Fondos Privados sin que mediara el respectivo convenio, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad haya sufrido alguna modificación".

(...)

Por tal razón, la administración no puede de manera unilateral considerar que con el cambio de administradora, los empleados renunciaron implícitamente al beneficio de la retroactividad y proceder a liquidarles las cesantías de conformidad con lo señalado en la Ley 50 de 1990.

En síntesis, para cada caso en particular, deberá revisarse la situación mediante la cual el empleado se afilia al Fondo Privado, si lo hace de manera voluntaria para acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, o si por el contrario, su intención es no renunciar al régimen de liquidación retroactiva, sino cambiar de administradora de Fondo de cesantías, sin perder dicho derecho".

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Director Jurídico (E)

Anexo: Lo enunciado en cinco (5) folios
Francisco Gómez. MLHM
600.4.8.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS

Bogotá, D.C.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000013011

Fecha: 28/01/2014 02:30:49 p.m.

Doctor

LUIS CARLOS PERTUZ VERGARA

Contralor General del Departamento del Atlántico
Calle 40 No 45-56 Edificio de la Gobernación Piso 8
despachodelcontralor@contraloriadelatlantico.gov.co

Ref.: PRESTACIONES SOCIALES-CESANTÍAS RETROACTIVAS. Viabilidad de que la Contraloría Departamental suscriba convenio con un Fondo de cesantías para el manejo de los dineros del régimen retroactivo. **REF. 2014-206-0000597-2.**

Respetado Doctor Pertuz, reciba un atento saludo.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia y relacionada con la viabilidad de suscribir un convenio con un fondo de cesantías, para el manejo de los fondos correspondientes a cesantías de los empleados con régimen retroactivo, me permito manifestarle lo siguiente:

1. En nuestra legislación existen actualmente dos regímenes de liquidación de cesantías:

El retroactivo y el anualizado, los cuales tienen características especiales; 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 en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996¹.

El segundo, régimen de liquidación de cesantías por anualidad, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley 50 de 1990, pero con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se extendió a los públicos y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor

¹ Revista Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 2009. Editorial LEGIS. Página 725.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 5 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4980 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, lo cual cobija a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996.

2. Por su parte, respecto a 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).

3. 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 5º de la ley 432 de 1998 (artículo 1º).

² "Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5o. de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia".





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 como 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.(...)"

De conformidad con lo anterior para los empleados públicos del nivel territorial, 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.

En consecuencia, dando respuesta a su consulta, si los funcionarios que se encontraban en régimen retroactivo a la expedición de la Ley 344 de 1996 voluntariamente, se quieren acoger al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías y se afilian a los Fondos Privados con tal fin, pierden el régimen de liquidación de cesantías retroactivo.

No obstante, si no fue su voluntad acogerse a dicho régimen y los servidores se afiliaron a Fondos Privados sin que mediara el respectivo convenio, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad haya sufrido alguna modificación.





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Por tal razón, la administración no puede de manera unilateral considerar que con el cambio de administradora, los empleados renunciaron implícitamente al beneficio de la retroactividad y proceder a liquidarles las cesantías de conformidad con lo señalado en la Ley 50 de 1990.

En síntesis, para cada caso en particular, deberá revisarse la situación mediante la cual el empleado se afilia al Fondo Privado, si lo hace de manera voluntaria para acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, o si por el contrario, su intención es no renunciar al régimen de liquidación retroactiva, sino cambiar de administradora de Fondo de cesantías, sin perder dicho derecho.

Queda claro que la Entidad no puede en forma unilateral suscribir el convenio con el fondo de cesantías que tenga a bien escoger sino que la prerrogativa de elección de fondo esta en cabeza de cada Empleado.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Mercedes Avellaneda V. – JFC
600.4.8.

³ Artículo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-818-11 según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 1o. de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. El aparte tercero de la decisión expresa: 'Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los efectos de la anterior declaración de INEXEQUIBILIDAD quedan diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso expida la Ley Estatutaria correspondiente'.

