



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

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000161361

Fecha: 22/10/2013 04:34:29 p.m.

Bogotá D. C.,

Señora  
**NEILA ROSA INFANTE MONCADA**  
Profesional Universitario  
Recursos Humanos IDREEC  
Valledupar  
Cesar  
Email: neroimo@hotmail.com

**REF.: PRESTACIONES SOCIALES- CESANTIAS. Régimen de cesantías retroactivas, pago y reconocimiento. Rad. 2013-206-01590-2 del 16 de octubre de 2013.**

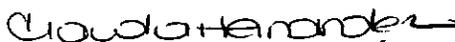
Respetado Señora.

Reciba un cordial saludo,

En atención a la consulta de la referencia me permito remitirle copia de los conceptos número 201360000112321 del 19 de julio de 2013 y 201360000142221 del 17 de septiembre de 2013, donde de manera general, esta Dirección explica como es el régimen de cesantías retroactivas.

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

Cordialmente,

  
**CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN**  
Directora Jurídica

Anexo: 5 folios.  
Liliana Miranda/JFCA/CPHL

"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](http://www.dafp.gov.co) • Email: [webmaster@dafp.gov.co](mailto:webmaster@dafp.gov.co)





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

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 2013600142221

Fecha: 17/09/2013 10:12:56 a.m.

Bogotá, D.C.,

Doctor  
**JESUS JAVIER GONZALEZ GARCIA**  
[hmzrmirez94@hotmail.com](mailto:hmzrmirez94@hotmail.com)

**REF.: PRESTACIONES SOCIALES.- CESANTIAS.-** ¿Qué entidad es la responsable del reconocimiento y pago de las cesantías de los empleados públicos que se vincularon a Hospitales públicos antes del 31 de diciembre de 1996? **RAD. 20132060133442**

Respetado doctor Gonzalez, reciba un cordial saludo,

En atención a su consulta de la referencia, mediante el cual se consulta sobre el responsable del reconocimiento y pago de las cesantías de los empleados del sector salud; me permito señalar que los empleados públicos del sector salud vinculados con anterioridad a la Ley 10 de 1990, se consideraban empleados del nivel nacional, en razón a que la salud como servicio público estaba a cargo de la Nación; por ello 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; es decir con la liquidación de las cesantías en forma anualizada.

Posteriormente, la Ley 10 de 1990, que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, prescribió en el artículo 17 que las personas vinculadas a las entidades que se liquiden serán nombradas o contratadas, según el caso por las entidades territoriales o descentralizadas a las cuales se les haya cedido los bienes, sin perder la condición específica de su forma de vinculación y aplicando el régimen salarial y prestacional propio de la respectiva entidad, sin que se pueda disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada.

Mientras que en su artículo 30 dispone 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.

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

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4090/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770  
Código Postal: 111711. Internet: [www.dafp.gov.co](http://www.dafp.gov.co) • Email: [webmaster@dafp.gov.co](mailto:webmaster@dafp.gov.co)





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 1993<sup>1</sup>, se realizó expresamente la prohibición de pactar el régimen de cesantías retroactivo a tales empleados.

Es posible pues que los empleados del sistema de seguridad social en salud se encuentren afiliados al Fondo Nacional del Ahorro gozando de 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 Ley 100 de 1993, como se ha anotado anteriormente.

Por su parte, la Ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público (entrada en vigencia el 27 de diciembre 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, régimen que empieza a regir para los empleados públicos de los entes territoriales. diferentes a los del Sistema de Salud, cuyo tratamiento como puede observarse se ha dado en forma específica.

Por otra parte, en criterio de esta Dirección Jurídica, al presentarse procesos de descentralización, era necesario que se establecieran en forma clara las obligaciones de cada una de las partes y las condiciones de los empleados objeto de transferencias. Así por ejemplo, es necesario revisar la responsabilidad de cesantías retroactivas, pagaderas al final de la relación laboral, en virtud de las normas que rigen este régimen.

De acuerdo con lo señalado es posible concluir lo siguiente:

<sup>1</sup> 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".





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

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

- 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, deberían encontrarse en el régimen anualizado de liquidación de cesantías. No obstante las entidades podían pactar el régimen retroactivo, hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual lo prohíbe expresamente.

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.

Con respecto a la fecha en la cual se deben reconocer las cesantías, establece la norma que sólo serán entregadas al retiro definitivo o por anticipos que se soliciten por los motivos establecidos expresamente en la norma; es decir, si no se presenta alguna de las dos condiciones señaladas, no resulta viable que se entreguen las cesantías a los empleados.

- Por otra parte, resulta necesario acudir a los documentos que rigen la transferencia del personal, con el fin de establecer las obligaciones a cargo de cada una de las partes. En caso de que la entidad haya pactado el régimen retroactivo de cesantías antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y los empleados no hayan hecho el cambio de régimen, se considera que aún lo conservan, así las cosas, serán los documentos de transferencia de los empleados públicos, los que determinen la obligaciones que le corresponden a unas y otras.

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

Cordialmente,

  
**CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON**  
Directora Jurídica

Harold Herreño/CPHL/GCJ-601- RAD. 20132060133442  
600.4.8





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

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000112321

Fecha: 19/07/2013 08:27:07 a.m.

Bogotá, D.C.

Señora  
**VICTORIA PAULINA ORTÍZ GAITÁN**  
Profesional Universitario Talento Humano  
Alcaldía de Tabio  
Carrera 5 No. 4-27  
Tabio, Cundinamarca

**Ref.: PRESTACIONES SOCIALES- CESANTÍAS.** Traslado de empleados con cesantías en el régimen de liquidación retroactiva a fondos privados de administración de cesantías. **Rad.2013-206-008858-2.**

Respetada Señora, reciba un atento saludo.

En atención a su consulta de la referencia, respecto a si la administración puede considerar que los funcionarios del nivel territorial con cesantías en régimen retroactivo que se trasladaron a un fondo privado sin la existencia previa de un convenio, perdieron el derecho a la liquidación retroactiva al entenderse que optaron por la liquidación anual de las mismas, me permito informarle lo siguiente:

1. En nuestra legislación existen actualmente dos regimenes 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 1996<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Revista Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 2009, Editorial LEGIS, Página 725.





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 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 1998<sup>2</sup> 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:*

<sup>2</sup> "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".





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).

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 3º).

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 2º). 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 de la Alcaldía que se encontraban en régimen retroactivo a la expedición de la Ley 344 de 1996 voluntariamente, se acogieron al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías y se afiliaron a los Fondos Privados con tal fin, perdieron el régimen de liquidación de cesantías retroactivo.





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

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

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.

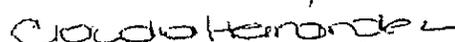
Por tal razón, la administración no puede de manera unilateral considerar que con el cambio de administradora, los empleados renunciaron implícitamente al beneficio de la retroactividad y proceder a liquidarles las cesantías de conformidad con lo señalado en la Ley 50 de 1990.

En síntesis, para cada caso en particular, deberá revisarse la situación mediante la cual el empleado se afilió al Fondo Privado, si lo hizo de manera voluntaria para acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, o si por el contrario, su intención nunca fue renunciar al régimen de liquidación retroactiva, sino cambiar de administradora de Fondo de cesantías, sin perder dicho derecho.

Por último, es pertinente aclarar que, este Departamento Administrativo no es la entidad competente para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos emitidos por las Entidades Públicas, decisión atribuida a los jueces de la República; así como tampoco es competente para emitir directrices en relación con la liquidación de las prestaciones sociales y salarios de los empleados públicos, por lo que dichas operaciones deberán ser realizadas al interior de las entidades públicas de acuerdo con las competencias internas establecidas, y a la luz de la normatividad vigente.

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

Cordialmente,

  
**CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN**  
Directora Jurídica

Maía Borja/CPHL/ER. 8858-13  
600.4.8.



