



Concepto 122531 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000122531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000122531

Fecha: 04/03/2024 07:35:20 p.m.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES Auxilio de Cesantías ¿Cuándo se retiran las cesantías retroactivas? Radicación No. 20242060086372 del 30 de enero de 2024

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si al pertenecer al régimen de cesantías retroactivas estas son consignadas en el mes de febrero, me permito informarle que:

En primer lugar, resulta necesario precisar los regímenes de cesantías existentes y sus diferencias, así:

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 6 de 1945¹, 1 del Decreto 2767 de 1945², 1 y 2 de la Ley 65 de 1946³, 2 y 6 del Decreto 1160 de 1947⁴ y 2 del Decreto 1252 de 2002⁵(SIC), lo cual es aplicable a aquellos trabajadores del orden territorial vinculados antes del 30 de diciembre de 1996⁶.

El segundo, régimen de liquidación de cesantías por anualidad, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley 50 de 1990⁷, pero con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁸, se estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos del orden territorial que se vinculen a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley, así:

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;*

Ahora bien, si bien es cierto como regla general para los empleados públicos del orden nacional el desmonte de la liquidación de las cesantías de forma retroactiva se dio con la expedición del Decreto 3118 de 1968⁹, existen algunos empleados del orden nacional que mantienen la liquidación de sus cesantías en forma retroactiva, como por ejemplo empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, los cuales se rigen en esta materia por el Decreto 2701 de 1988¹⁰.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la Ley 344 de 1996 tiene dentro de su ámbito de aplicación a los empleados públicos del orden territorial y no regula el procedimiento a seguir para los empleados del orden nacional que mantienen el régimen de liquidación retroactiva; sin embargo, en razón a que no existe otra norma aplicable al caso, se considera que se podrá hacer una aplicación extensiva de la misma para establecer el manejo de las cesantías retroactivas de los empleados del orden nacional.

Así las cosas, en caso de que los empleados decidan afiliarse a Fondos Privados, tenemos que, 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).

De acuerdo con lo anterior, tenemos frente a la consignación de las cesantías en el régimen de liquidación retroactiva, en los Fondos Administradores de Cesantías de carácter privado los siguientes elementos:

En el caso de aquellos servidores con régimen retroactivo de cesantías que decidan afiliarse a un fondo privado de cesantías para que administre las mismas, las entidades deberán realizar la liquidación parcial o definitiva de las cesantías y consignarlas en el fondo elegido por el empleado.

La afiliación de los servidores públicos que se encuentran en el sistema tradicional de retroactividad a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, para la administración de recursos para el pago de las cesantías, solamente se podrá hacer en virtud de convenios previamente suscritos entre el empleador y el respectivo fondo y en caso de que el servidor público se traslade a un fondo privado de cesantías sin que medie convenio previo entre el Fondo y el empleador, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1582 de 1998, podría perder el régimen de retroactividad de las cesantías.

Por otra parte, la Ley 432 de 1998¹², señala en relación con las cesantías de los empleados que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro y posean liquidación retroactiva de las mismas:

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 acuerdo con lo anterior, cuando un servidor público con régimen de retroactividad en las cesantías decide trasladarse al Fondo Nacional de Ahorro, no 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, 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 párrafo del artículo 5 de la Ley 432 de 1998.

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 imparte en los términos del 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

Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

Por el cual se determinan las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los Departamentales y Municipios.

Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras.

Sobre auxilio de cesantía.

Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

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

(SIC)

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

(SIC)

(SIC)

“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”.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-30 12:30:14