



Concepto 069401 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000069401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000069401

Fecha: 21/02/2020 12:23:18 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES - AUXILIO DE CESANTIAS ¿Qué régimen de cesantías es aplicable a un empleado público que ingresó en el año 1991? Radicación No. 20202060046872 del 04 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita se aclare que régimen de cesantías es aplicable a un empleado público que ingresó en el año 1991, me permito manifestarle lo siguiente:

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

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 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.

Por su parte, respecto a la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998² señala:

ARTICULO 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 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 ingresaron 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.

En consecuencia, dando respuesta a su consulta, si el funcionario que se encontraba en régimen retroactivo a la expedición de la Ley 344 de 1996 voluntariamente, se quiso acoger al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías y se afilia a un Fondos Privados con tal fin, pierde el régimen de liquidación de cesantías retroactivo.

No obstante, si no fue su voluntad acogerse a dicho régimen y se afilió a un Fondo Privado 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, el empleado renunció 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 se traslado de régimen, si lo hizo de manera voluntaria para acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, o si por el contrario, su intención era 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.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó y aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

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".

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:06:33