



Función Pública

Concepto 146001 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000146001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000146001

Fecha: 26/04/2021 04:56:55 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES - Auxilio de Cesantías ¿Se deben reconocer el pago de cesantías retroactivas cuando hubo un traslado de fondo de administración? Radicación No. 20219000186142 del 12 de abril de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual representa diferentes interrogantes relacionados con la prestación social de cesantías, me permito informarle que las mismas serán resueltas en el orden en que fueron presentadas así:

En relación con la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto [1582](#) de 1998 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 lo anterior, la afiliación de los empleados públicos territoriales a un fondo de cesantías 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 que el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías es responsabilidad de la misma.

Así las cosas, la entidad puede celebrar convenios para administrar cesantías con otros fondos privados o con el Fondo Nacional del Ahorro, cuando lo haga, el traslado no significa que le esté cambiando al servidor público con régimen de retroactividad en la cesantía su régimen, si lo traslada al Fondo Nacional de Ahorro u otro fondo, no le 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 o la entidad, 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 parágrafo del artículo 5 de la Ley 432 de 1998.

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 y que los empleados no hayan hecho el cambio de régimen, no obstante con la expedición de la Ley 344 de 1996, aquellos empleados públicos que se vincularon a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley pertenecen al régimen de cesantías anualizadas el cual se caracteriza por la obligatoriedad de consignar los dineros en un Fondo Administrador, la liquidación anualizada y el pago de intereses del 12% sobre el valor de las cesantías.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su primer interrogante, esta Dirección Jurídica considera que en caso de que se establezca que hubo un traslado de régimen de cesantías, se deberá liquidar las cesantías retroactivas hasta el año en que realizó el supuesto traslado con el salario devengado para ese momento y posterior a esa fecha con el régimen anualizado, teniendo en cuenta los anticipos de cesantías solicitados por el empleado público.

Frente al segundo interrogante relacionado con si procede la indexación del valor del salario cuando se liquidaría de acuerdo con el régimen retroactivo, le informo que de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, el reconocimiento de las cesantías se realiza 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. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse precisamente para evitar saldos negativos a favor de la administración; por tanto, no es procedente ningún tipo de indexación, ni norma que lo permita.

En relación con su tercer interrogante, mediante el cual consulta si procede el reconocimiento de intereses moratorios le informo que la Ley 244 de 1995, "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establece sanciones y se dictan otras disposiciones", cuyo artículo 2 fue subrogado por la Ley 1071 establece:

"ARTÍCULO 2. <Artículo subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro..."

La ley 1071 de 2006, contempla el término que el empleador tiene para expedir la resolución de liquidación se cesantías.

"ARTÍCULO 4. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5. MORA EN EL PAGO. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

PARÁGRAFO. *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este."*

De acuerdo con lo anterior, la mora de que trata la Ley 1071 de 2006 hace referencia al incumplimiento por parte de la entidad para realizar el pago de las cesantías que el empleado ha solicitado y que se han autorizado mediante acto administrativo.

Como podemos observar, la norma transcrita contempla términos perentorios para constituir a la administración en mora cuando no realiza en forma oportuna el pago de cesantías, lo que trae como consecuencia una sanción pecuniaria para las entidades obligadas a su reconocimiento y pago, sin que contemple la Ley la obligación de indexar la suma de dinero cuando dentro de los plazos establecidos no se realiza el pago de dicha prestación social.

Es necesario señalar que la norma establece que la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

En cuenta a su último interrogante, relacionado con que, si las cesantías del periodo 1 de abril de 1993 al 31 de diciembre de 2007 se encuentran prescritas, le informo que no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

No obstante, esta Dirección Jurídica recomienda que de acuerdo con los hechos presentados en su consulta la entidad deberá validar el trámite de la afiliación de sus empleados públicos a un fondo de cesantías, si se realizó en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se debieron precisar claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harían los aportes por la entidad pública

Por último, es importante señalar este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y no le corresponde la resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

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 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

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "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: 2024-12-11 18:52:27