



## Concepto 366321 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000366321\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000366321

Fecha: 10/10/2022 12:29:44 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES â Auxilio de Cesantías. ¿Se deben reconocer las cesantías retroactivas a un empleado de una Empresa Social del Estado al que le viene reconociendo cesantías bajo el régimen anualizado por intermedio del Fondo Nacional del Ahorro al momento del retiro por el otorgamiento de la pensión? Radicación No. 20229000466512 del 9 de septiembre de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente reconocer las cesantías retroactivas a un empleado de una Empresa Social del Estado al que le viene reconociendo cesantías bajo el régimen anualizado por intermedio del Fondo Nacional del Ahorro al momento del retiro por el otorgamiento de la pensión, me permito informarle que:

El artículo 30 de la Ley 10 de 1990, dispuso 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 4 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.

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, se realizó expresamente la prohibición de pactar el régimen de cesantías retroactivo a tales empleados, así:

**ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD.** El fondo del pasivo Prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta Ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en esta, será asumido por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma Ley.

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. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Posteriormente, la Ley 344 de 1996, "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.", en su artículo 13 indica:

"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." (Resaltado fuera del texto)

Como se observa, la Ley 344 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; las principales características de este régimen de cesantías son 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. Particularmente para los empleados del sector salud, como ya se dijo, con la expedición de la Ley 100 de 1993 se realizó expresamente la prohibición de pactar el régimen de cesantías retroactivo a tales empleados, por lo que, después de la Ley 100 no resulta viable que empleados del sector salud pactaran cesantías retroactivas.

Ahora bien, en caso de que los empleados de su consulta se haya vinculado antes de la expedición de dicha prohibición, tenemos que 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, su fundamento legal se encuentra 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.

En este sentido, el Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, establece:

«ARTÍCULO 1. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquier que sea la causa de su retiro y a partir del 1o. de enero de 1942.

â

ARTÍCULO 2. Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

(...)

ARTÍCULO 6. De conformidad con lo dispuesto por el decreto número 2567, del 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, sí éste fuere menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 1. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono». (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, 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.

Respecto a la afiliación de los empleados públicos al Fondo Nacional del Ahorro, la Ley 432 de 1998, señala:

*ARTICULO 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. subrayado fuera del texto).*

Como se observa, será la entidad empleadora quien responderá por el mayor valor de esta prestación cuando el empleado pertenezca al régimen de cesantías retroactivas.

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.

Ahora bien, teniendo en cuenta los hechos relatados en su consulta, en donde indica que ingresó a la entidad territorial en el año 1996, y de acuerdo con los elementos desarrollados en el presente concepto, no resultaba viable que se pactara el régimen de liquidación retroactivo, por lo que sus cesantías corresponden al régimen anualizado.

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 <https://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: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:27:39