



Función Pública

Concepto 378891 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000378891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000378891

Fecha: 19/10/2022 11:40:43 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES ¿¿¿ AUXILIO DE CESANTIAS. ¿Quién tiene derecho a las cesantías retroactivas? Radicación No. 20229000478132 del 15 de septiembre de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con las cesantías retroactivas, le informo que los mismos serán resueltos en el orden en que fueron presentados, así:

¿Cuál es el régimen de cesantías aplicable a los trabajadores vinculados a municipios y departamentos antes del 31 de diciembre de 1996?

El régimen de cesantías retroactivo es el que cobija a los empleados del sector público vinculados antes de 30 de diciembre de 1996 y a los del sector de la salud vinculados antes del año 1993, se denomina de esta manera debido a que se tiene en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios prestados.

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.

No obstante, es importante resaltar que a partir de 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.

Por tanto, esta Dirección Jurídica considera que el empleado con derechos de carrera en caso de ser nombrado por encargo o por comisión en otro empleo en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo del encargo o de la comisión, y si

bien se ha generado un cambio en la remuneración que percibe, la misma no es de carácter definitivo, por cuanto tanto el encargo como la comisión que ejerce es de carácter temporal y el empleado no deja de ser titular del empleo en el cual se posesionó.

Así mismo, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que por constituir tanto el encargo como la comisión una situación administrativa de carácter temporal, no resultaría acertado proceder a liquidar esta prestación social exclusivamente con base en el salario devengado durante el mismo, por el contrario, lo procedente es que el salario del encargo se tenga en cuenta por el tiempo que se ha ejercido y el tiempo restante se deberá liquidar con base en el régimen retroactivo de cesantías que corresponde al empleo del cual es titular.

¿En qué fecha empezó a regir la Ley 344 de 1996?

La Ley 344 de 1996 es aplicable para los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud que se hayan vinculado posterior a la fecha de su publicación, se realizó en el Diario Oficial No. 42.951, de 31 de diciembre de 1996.

¿Es posible que existan empleados públicos que hayan ingresado a una entidad en la misma fecha y que se encuentren en el régimen retroactivo y anualizado de cesantías?

Es importante indicar en relación con la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998 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 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, 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.

Razón por la cual, esta Dirección Jurídica considera que se deberá revisar cada caso particular con el fin de establecer si hubo un cambio de fondo de administración de cesantías o de régimen.

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.

¿Cuál es el procedimiento que debe realizar un empleado de la nómina municipal de una secretaria de educación con ocasión de la Ley 715 de 2001, vinculado al departamento en la nómina de la secretaria de educación departamental se le certifica afiliación a al régimen anualizada

cuando era retroactiva?

Por considerarlo de su competencia de conformidad con el artículo 7 numeral 7.8 del Decreto 5012 de 2009, "por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional, y se determinan las funciones de sus dependencias.", considera que esta pregunta debe ser resuelta por el Ministerio de Educación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Sistema General de Participaciones SGP está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política de Colombia a las entidades territoriales â¿¿ departamentos, distritos y municipios, para la financiación de los servicios a su cargo, en salud, educación y los definidos en el Artículo 76 de la Ley 715 de 2001.

¿Cuál es el termino para solicitar el cambio de régimen de cesantías por error del empleador?

La prescripción se relaciona con el derecho, en tanto que la caducidad se identifica con la oportunidad de acudir a la jurisdicción a instaurar la correspondiente acción, una y otra tienen términos diferentes: la prescripción tres años, según lo dispuesto por los artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, por el que se reglamentó el Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, y la caducidad 4 meses a partir del acto administrativo por el cual se realizó el traslado del régimen.

No obstante si usted cree que en algún momento se le ha vulnerado sus derechos le sugerimos dirigirse a la Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo quienes tienen como misión representar a la sociedad y vigilar la garantía de los derechos, el cumplimiento de los deberes y el desempeño íntegro de quienes ejercen funciones públicas, o si a bien lo tiene contactar a un profesional en derecho quien podrá resolver y analizar su caso con el fin de brindarle una asesoría especializada.

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

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.

"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”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:24