



**Función Pública**

## Concepto 099911 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000099911\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000099911

Fecha: 09/03/2023 11:39:39 a.m.

Bogotá

REF.: PRESTACIONES SOCIALES -; LIQUIDACION DE LAS CESANTIAS. ¿Es procedente reglamentar en un acuerdo colectivo sindical el régimen de cesantías retroactivas para un trabajador oficial que ingresó el 1 de enero de 2016? RAD.: 20232060094812 del 10 de febrero 2023.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta si es procedente reglamentar en un acuerdo colectivo sindical el régimen de cesantías retroactivas para un trabajador oficial que ingresó el 1 de enero de 2016, al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a su primer interrogante relacionado con la fórmula de liquidación del reajuste salarial le informo que la Función Pública no tiene dentro de sus funciones la de elaborar, revisar, o determinar cuál es la fórmula de liquidación de las prestaciones sociales, ni de los factores salariales de los servidores públicos, por lo tanto, dichas operaciones deberán ser realizadas al interior de cada entidad, según las competencias establecidas para tal fin, por tanto no nos pronunciaremos al respecto.

En relación con el régimen de cesantías retroactivas para un trabajador oficial que ingresó el 1 de enero de 2016, debemos tener en cuenta que:

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.

El artículo 30 de la Ley 10 de 1990<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>, 3135 de 1968<sup>4</sup>, 1848 de 1968<sup>5</sup> y 1045 de 1978<sup>6</sup>, 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<sup>1</sup>, 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).*

Conforme a lo anterior, a partir de la Ley 100 de 1993, se realizó expresamente la prohibición de pactar el régimen de cesantías retroactivo.

Por otro lado, debemos tener en cuenta son reglas para adelantar la negociación entre las entidades u organismos públicos y los sindicatos de empleados públicos, así como las materias objeto de negociación, se encuentran previstas en el Decreto 1072 de 2015<sup>7</sup>, que frente al particular establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2.2.2.4.2. Reglas de aplicación del presente capítulo. Son reglas de aplicación de este capítulo, las siguientes:*

*El respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas: la negociación debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.*

*El respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal.*

*Una sola mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por entidad o autoridad pública.”*

*“ARTÍCULO 2.2.2.4.4. Materias de negociación. Son materias de negociación:*

*Las condiciones de empleo, y*

*Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.*

*PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:*

*La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos;*

*Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado;*

*El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos;*

*La atribución disciplinaria de las autoridades públicas;*

*La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.*

*PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales; Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República." (Subrayas fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, es claro que las negociaciones que se surtan entre las organizaciones sindicales de los empleados públicos y las entidades u organismos del Estado se deberán respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.

Así las cosas, es preciso insistir en que las entidades públicas no tienen facultad de crear elementos salariales o prestacionales, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, se establece como una función del Presidente de la República el fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública.

En desarrollo del anterior postulado Constitucional, se expidió la Ley 4 de 1992<sup>8</sup>, mediante la cual el Gobierno Nacional fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, los empleados del Congreso de la República, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral, la Contraloría General de la República; los miembros del Congreso y los miembros de la Fuerza Pública.

Ahora bien, dentro del acuerdo laboral podrán tratarse aspectos relacionados con la flexibilización del horario de trabajo, siempre que se respete la jornada laboral de 44 horas a la semana y sin que se vea afectada la prestación del servicio; situaciones relacionadas con calidad de vida laboral (mejoramiento de las condiciones en el puesto de trabajo, propender por un ambiente laboral seguro), adopción de medidas encaminadas a promover y mantener el más alto grado de bienestar físico, mental y social de los empleados; adopción de programas de capacitación y estímulos, bienestar social e incentivos (atendiendo las restricciones que trata el Decreto Ley 1567 de 1998) y los demás aspectos que contribuyan a mejorar las condiciones laborales de los empleados públicos; sin que resulte viable incluir en la negociación la forma de liquidar y reconocer las prestaciones del régimen de seguridad social integral de los empleados públicos.

Teniendo en cuenta lo arriba señalado y dando respuesta a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que no es viable que un trabajador oficial que ingresó el 1 de enero de 2016 sea beneficiario del régimen de cesantías retroactivo, toda vez que no existe norma que lo establezca y las organizaciones sindicales no tienen competencia para fijar el régimen salarial y prestacional, ya que esta es exclusiva del Presidente de la República, sin que otras autoridades, organizaciones o instancias, puedan abrogarse dicha facultad.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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 PAGINA

<sup>1</sup>Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

<sup>2</sup>por el cual se regula la nueva vinculación laboral de empleados oficiales y trabajadores del sector salud en los casos de los artículos 16 y 22 de la Ley 10 de 1990

<sup>3</sup>“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”

<sup>4</sup>“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

<sup>5</sup>En ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, subrogado por el artículo 41 del acto legislativo No.1 de 1968

<sup>6</sup>“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector naciona

<sup>7</sup>“Por medio del cual se *expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.*”

<sup>8</sup> Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y

prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:54*