



Concepto 283961 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000283961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000283961

Fecha: 17/07/2023 05:47:04 p.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES ¿Auxilio de Cesantías ¿A qué régimen pertenece un empleado de una Empresa Social del Estado que ingresó el 11 de octubre de 1995? Radicación No. 20239000611612 del 09 de junio de 2023.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la que consulta a que régimen pertenece un empleado de una Empresa Social del Estado que ingresó el 11 de octubre de 1995, me permito informarle que:

El artículo 30 de la Ley 10 de 1990¹, 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 1990², 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 así como, en virtud del Decreto 3135 de 1968³, 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 1993⁴, 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).

De acuerdo con lo señalado, los empleados del sector salud, vinculados después de la expedición de la Ley 100 de 1993, no podían pactar el régimen de liquidación de cesantías en forma retroactiva.

Respecto de los demás servidores públicos del orden territorial la Ley 344 de 1996⁵, 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 los demás 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.

Ahora bien, 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 Su fundamento legal se encuentra establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945⁶, 1º del Decreto 2767 de 1945⁷, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946⁸, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947⁹ y 2º del Decreto 1252 de 2002¹⁰, 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 1o. 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.

ARTÍCULO 2o. 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, si 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.

Por tanto, si es una empleada del sector salud cuya vinculación se hizo después de la expedición de la Ley 100 de 1993, pertenecerá al régimen de liquidación de cesantías en forma anualizada, en caso de vincularse a un sector distinto de la salud, la empleada que se posesionó el 11 de octubre de 1995, pertenece al régimen de cesantías retroactivo; en todo caso si posterior al 31 de diciembre de 1996, ha ocupado otro empleo ya sea por una comisión o por encargo, la entidad debe liquidar las cesantías de esos periodos con el régimen anualizado, sin que con ello se entienda que se perdió la retroactividad.

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.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

¹por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

²por 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.

³Por 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

⁴El inciso tercero del artículo 242 de la Ley 100 de 1993 establece: "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"

⁵"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones."

⁶Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

⁷Por el cual se determinan las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los Departamentales y Municipios

⁸Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras

⁹Sobre auxilio de cesantía.

¹⁰ Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:04:04