



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- \_\_\_\_\_ - 09

Bogotá, D.C.,

Profesor  
**EUGENIO GUTIÉRREZ**  
Universidad Distrital Francisco José de Caldas  
Ciudad

**REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre cesantías retroactivas de docentes de la Universidad.**

Respetado Profesor Gutiérrez.

En atención a su solicitud de concepto sobre si los docentes que pertenecen al régimen de cesantías retroactivo al autorizar a la Universidad para que realice los depósitos al Fondo Nacional del Ahorro o a un fondo privado de cesantías, pierden o no los beneficios del pago retroactivo y las siguientes cesantías causadas bajo cuál régimen quedarían, me permito emitir el respectivo concepto, en los siguientes términos:

**1. Recuento normativo sobre el régimen de las cesantías.**

El primer referente normativo que encontramos sobre el tema es la Ley 6 de 1945 que disponía:

*"Artículo 1o. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

*PARAGRAFO. Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, comisarías y Municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6a. de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley.*

*Artículo 2o. Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que*



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

*implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.*

**"Artículo 17.** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) *Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942."*

Posteriormente, encontramos el Decreto 1160 de 1947 que dispuso:

**"ARTÍCULO 6o.** De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, 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 este fuere menor de doce (12) meses.**

PARÁGRAFO 1o. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo 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.

Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

En la misma forma se procederá cuando se trate de computar el valor de las horas suplementarias o extras trabajadas y de las comisiones o porcentajes eventuales, cuando no ha habido variaciones del salario fijo en los últimos tres meses. En tales casos se dividirá lo percibido por el trabajador por concepto del valor de tales horas, o de los porcentajes y comisiones, por doce, y el resultado se sumará al último sueldo fijo, para formar así el promedio que servirá de base a la liquidación.

PARÁGRAFO 2o. Los viáticos permanentes que se paguen a los trabajadores particulares son salario, siempre que se hayan cansado por



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

*un término no menor de seis meses en cada año, y se computarán para la liquidación del auxilio de cesantía en aquella parte de ellos destinada a proporcionar al empleado u obrero manutención o alojamiento, pero no en la que sólo tenga por finalidad proporcionarle los medios de transporte a otro lugar.*

*Los viáticos que se otorguen a los empleados y obreros oficiales se entenderán como salario, para los mismos efectos, cuando se den en forma permanente, por medio de resolución especial, y siempre que la radicación se haga por un término no menor de seis (6) meses durante cada año." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De otra parte, el Decreto 1045 de 1978 expresó:

**"Artículo 5o. DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.** Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, **los organismos a que se refiere el artículo 2o., de este decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:**

**i. Auxilio de cesantía:** "

**"Artículo 40. DEL AUXILIO DE GESANTIA.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía se estará a lo dispuesto en las normas legales o convencionales sobre la materia." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Fue en 1990 cuando se modificó el Código Sustantivo del Trabajo mediante la expedición de la Ley 50 de 1990 que sobre el tema de las cesantías, dispuso:

**"ARTICULO 99.** El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

**1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.**

**2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.**

**3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador**



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.**

4a. Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6a. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional, en orden a:

- a) Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
- b) Garantizar que la mayor parte de los recursos captados pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

**7a. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.**

PARAGRAFO. En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."

**"ARTICULO 102.** El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva. "

**"ARTICULO 104.** De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía podrá representar al trabajador en las acciones que se adelanten con motivo del incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.

En los eventos en que el empleador esté autorizado para retener o abonar a préstamos o pignoraciones el pago del auxilio de cesantía, podrá solicitar a la Sociedad Administradora la retención correspondiente y la realización del procedimiento que señalen las disposiciones laborales sobre el particular.

Los préstamos de vivienda que el empleador otorgue al trabajador podrán ser garantizados con la pignoración del saldo que este último tuviere en el respectivo fondo de cesantía, sin que el valor de la garantía exceda al del préstamo." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Con esta norma, se eliminó el sistema de liquidación retroactiva de las cesantías quedando sólo con dicho sistema los que tenían un vínculo laboral anterior a la fecha de expedición de esta ley o los que aún en esta condición, decidieron acogerse voluntariamente al nuevo régimen.

En efecto, esta ley expresó lo siguiente:

**"ARTICULO 98.** El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1o. **El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.**

2o. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**PARAGRAFO. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Para el caso de los servidores públicos, se encuentra lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, que reza:

**"Artículo 12.** El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad." (Artículo declarado condicionalmente exequible C-315-95)

Para el caso del Distrito Capital, encontramos el Decreto Ley 1421/93 o Estatuto Orgánico de Bogotá que expresa:

**"Artículo 129. SALARIOS Y PRESTACIONES.** Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.

Sin perjuicio de las disposiciones que conforme al inciso anterior dicte el Gobierno nacional, **los empleados y trabajadores del Distrito y sus entidades descentralizadas podrán acogerse al régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 y las disposiciones que la desarrollen o modifiquen.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Posteriormente, la Ley 344 de 1996 expresó:

**"Artículo 13º.-** 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;



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

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;

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo. **Subrayado declarado Inexequible. [Sentencia C-428 de 1997]. Corte Constitucional.**

**Parágrafo.-** El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. **Art. 13 declarado Exequible excepto el último inciso del literal b), que aparece subrayado. [Sentencia C-428 de 1997]. Corte Constitucional.**

**Artículo 14º.-** Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse. **Art. 14 declarado Exequible excepto las expresiones "reconocerse, liquidarse y" subrayados. [Sentencia C- 428 de 1997] [Sentencia T-206 de 1997] [Sentencia C-584 de 1997] [Sentencia C-061 de 1998]. Corte Constitucional**

**Artículo 18º.-** Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Luego encontramos la Ley 432 de 1998 que expresa:

**"Artículo 5o.** 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.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

*Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro sólo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.*

**PARAGRAFO. En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.**

**ARTICULO 6o.** *Transferencia de Cesantías de Servidores Públicos. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados.*

*El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora.*

*Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.*

*Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.*

*En todas las entidad públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

El Decreto 1582 de 1998, 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, consagra:



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

*"Artículo 1º. El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5o. y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*

**PARAGRAFO. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6o. de la Ley 432 de 1998. (Subrayado y negrilla fuera de texto).**

**ARTICULO 2o. 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.**

PARAGRAFO. 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.*



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**ARTICULO 3o. En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:**

**a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;**

**b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;**

**c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición." (Subrayado y negrilla fuera de texto).**

Luego el Decreto Número 1252 de 2000 expresó:

**"ARTÍCULO. 2º Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional." (Subrayado y negrilla fuera de texto).**

El Decreto 1919 de 2002, a su vez, dispuso:

**"ARTÍCULO 1o. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.**

*Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.*



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**ARTÍCULO 2o.** *A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.*

**ARTÍCULO 3o.** *Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.*

**ARTÍCULO 4o.** *El régimen de prestaciones sociales mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este decreto será, igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.*

**ARTÍCULO 5o.** *Los derechos adquiridos, considerados como las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que para efectos del presente decreto se entienden como aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, no podrán ser afectados.*

**PARÁGRAFO.** *En concordancia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 4a. de 1992, todo régimen de prestaciones sociales que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en el presente Decreto carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De esta forma, se describe el escenario normativo que ha rodeado el tema de las cesantías en el ordenamiento colombiano.

## **2. De las cesantías retroactivas y el traslado de fondo administrador.**

Como se citó con anterioridad, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1582 de 1998 la afiliación de los servidores 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 par la entidad pública **Y QUE EL MAYOR VALOR RESULTANTE DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS CESANTÍAS ES RESPONSABILIDAD DE LA MISMA.**

Esto llevó a que personas que estaban sujetas al régimen de cesantías retroactivas, quisieran trasladarlas a los fondos privados, pero surgía la duda en relación con la ventaja que les reportaba la retroactividad de las mismas.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Para dar claridad sobre el punto, se trae a colación el Parágrafo del Artículo 1 del mismo Decreto 1582, que dispone que cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.

El artículo 6 de la Ley 432 de 1998 ordena que en la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados. El incumplimiento de las obligaciones aquí establecidas dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes a dos veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora."

En esta misma norma, se recalca que **EN CUALQUIERA DE LOS TRASLADOS A FONDO PRIVADO O AL FONDO NACIONAL DE AHORRO, EL MAYOR VALOR CAUSADO POR LA RETROACTIVIDAD ES RESPONSABILIDAD DEL NOMINADOR (PARÁGRAFO ARTÍCULO 5 LEY 432 DE 1998 E INCISO 1° DEL ARTICULO 2 DEL DECRETO 1582 DE 1998).**

Fue así como se expidió la Circular 034 de 2002, en donde se expresó:

**"II- TRASLADO DE FUNCIONARIOS CON REGIMEN DE RETROACTIVIDAD AL FONDO NACIONAL DE AHORRO.**

*De acuerdo con el Parágrafo del Artículo 1 del mismo Decreto 1582, cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.*

*El artículo 6 de la Ley 432 de 1998 ordena que en la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados. El incumplimiento de las obligaciones aquí establecidas dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes a dos veces el interés bancario*



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora.

**Para finalizar, es importante anotar, que en cualquiera de los traslados a Fondo Privado o al Fondo Nacional de Ahorro, el mayor valor causado por la retroactividades responsabilidad del Nominador (Parágrafo Artículo 5 Ley 432 de 1998 e Inciso 1° del Artículo 2 del Decreto 1582 de 1998). Así mismo conforme a la Resolución de Gerencia No.065 del 27 de febrero de 2002, expedida por el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI no es requisito para el traslado presentar el formulario único de liquidación denominado "SOLICITUD PAGO DE CESANTIAS".**

Sin importar el Fondo al cual se encuentre afiliado el servidor público distrital, es importante tener presente que el Acuerdo Distrital 47 de 20011 por el cual se aprobó el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones del Distrito Capital para la vigencia fiscal de 2002, así Como el Decreto Distrital de Liquidación N° 954 del 31 de diciembre de 2001, establecen en su artículo 65 lo siguiente:

"Artículo 65.- Los representantes legales o los ordenadores del gasto de los órganos y entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital, deberán cumplir prioritariamente con la atención de las transferencias para la provisión de las cesantías de los servidores. Así mismo, deberán remitir al FAVIDI a quien haga sus veces, cada vez que se efectué un pago por las prestaciones que sirven de base para el cálculo del salario base de liquidación, copia de la respectiva erogación a fin de que se realice la correspondiente modificación en el sistema de cesantías. El incumplimiento de esta disposición es causal de mala conducta del Representante Legal o del Ordenador del Gasto".  
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que los trabajadores con régimen de cesantías retroactivo pueden trasladarse a un fondo administrador privado o al Fondo Nacional de Ahorro.

Ahora bien, si la decisión del trabajador es trasladarse a un Fondo Privado, **PRIMERO DEBE EXISTIR CONVENIO ENTRE EL EMPLEADOR (ADMINISTRACIÓN) Y EL FONDO ESPECÍFICO, DE TAL FORMA QUE LAS CONDICIONES DE LA AFILIACIÓN SEAN PREVIAS Y HOMOGÉNEAS PARA TODOS LOS INTERESADOS;** en efecto, así se pronuncia el artículo 2 del Decreto 1582 de 1998 ya citado, que dispone:

**La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en**



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**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.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Si la decisión del trabajador es la de trasladarse al Fondo Nacional de Ahorro **NO DEBE MEDIAR CONVENIO ALGUNO CON EL EMPLEADOR**, dado que dicho fondo está facultado legalmente para administrar las cesantías de los funcionarios con régimen de retroactividad.

De igual forma se pronunció la antes denominada Superintendencia Bancaria ahora Superintendencia Financiera, a través del oficio 2002010510-1 del 4 de diciembre de 2003, que expresó:

*"Como vemos, el marco normativo enunciado (se refiere a la Ley 432 y al Decreto 1582) ofrece claridad en cuanto a la facultad del Fondo Nacional de Ahorro para administrar las cesantías de los funcionarios del nivel territorial con régimen tradicional, es decir, con retroactividad, sin la necesidad de celebrar convenio alguno con los empleadores."*

*"De igual forma observamos que las sociedades administradoras de cesantías de que trata la ley 50 de 1990, eventualmente pueden administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de estos trabajadores, para lo cual debe mediar la celebración de convenios entre los empleadores y los aludidos fondos."*

*"Ahora bien, en lo que tiene que ver con el tema de la escogencia de Fondo por parte de estos trabajadores y los traslados, es importante resaltar que su régimen de cesantías responde a normativas especiales y no a las características del régimen creado por la ley 50 de 1990, razón por la cual la posibilidad de transferir las cesantías de un fondo a otro se sujetará estrictamente a lo que las disposiciones señalen en cada caso."*

*"Así las cosas, en el evento que nos encontremos ante trabajadores del sector territorial con régimen tradicional de cesantías, afiliados a través de convenio a una administradora de las que trata la ley 50 de 1990, que pretendan trasladarse, encontraremos que la ley les otorga la posibilidad de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro sin restricción alguna, situación que depende exclusivamente de la voluntad del trabajador...."*



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

En consecuencia, es viable que los trabajadores que están sujetos al régimen de cesantías retroactivo se trasladen a un fondo administrador privado o al Fondo Nacional de Ahorro.

**3. De las consecuencias derivadas del traslado de Fondo en el régimen de cesantías retroactivo.**

En cuanto a este tema, surge la duda consistente en si el traslado de Fondo implica perder las ventajas del régimen de retroactividad.

Al respecto se considera que de la lectura de las normas antes citadas, **NO SE DEDUCE EN NINGÚN APARTE QUE EL HECHO DE TRASLADARSE A UN FONDO PRIVADO O AL FONDO NACIONAL DE AHORRO IMPLIQUE PERDER EL BENEFICIO DE LAS CESANTÍAS RETROACTIVAS, POR EL CONTRARIO, LO QUE SE DEDUCE ES QUE TAL RÉGIMEN SE MANTIENE EN LA MEDIDA EN QUE A LA ENTIDAD EMPLEADORA LE QUEDA LA OBLIGACIÓN DE CUBRIR EL MAYOR VALOR QUE SE GENERE EN CADA CASO POR DICHA RETROACTIVIDAD.**

Es decir, que el cambio de fondo no exonera a la entidad empleadora de seguir pagando el valor de la retroactividad de las cesantías en cada caso específico.

En este mismo sentido encontramos los siguientes pronunciamientos de diversas autoridades a saber:

**Concepto 35 de 2005 Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.**

*“De las disposiciones citadas se colige que:*

*El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que venían con régimen de retroactividad y que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º de la Ley 432 de 1998, **lo cual incluye la disposición de su parágrafo, en el sentido de radicar la responsabilidad por el mayor valor de la cesantía, en cabeza de la entidad empleadora.***

**Se contempla la posibilidad de liquidar y trasladar al Fondo Nacional de Ahorro el valor correspondiente a la retroactividad, cuando se trate de retiro definitivo, pero expresamente el citado artículo 5º, dispone**



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**que es responsabilidad de la entidad empleadora, el pago del mayor valor.**

**Cuando un servidor público con régimen de retroactividad en la cesantía, decide trasladarse al Fondo Nacional de Ahorro, no está materializando un "cambio de régimen", sino un cambio de entidad pagadora y administradora de esa prestación social.**

**Una vez perfeccionado el traslado por decisión del correspondiente servidor público, se deben girar las doceavas al Fondo Nacional de Ahorro, en tanto que la retroactividad queda en cabeza de la respectiva entidad empleadora.**

**Lo anterior no comporta un giro de todo lo que se tenga causado retroactivamente, al momento del traslado, a un nuevo Fondo Pagador, sino la colocación de las doceavas, como quiera que la liquidación definitiva total de la retroactividad tiene lugar al final de la relación laboral.**

**La liquidación y giro al Fondo Nacional de Ahorro, del valor acumulado de cesantías, es decir, con la retroactividad causada hasta la fecha de traslado procede únicamente para atender pagos de mayor valores de cesantías ante solicitudes de cesantía parcial, por retiro definitivo del servicio o por cambio de régimen.**

(...)

Los servidores públicos del orden territorial, **tienen la facultad sin ninguna restricción, de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, decisión que depende de manera exclusiva de la autonomía de la voluntad de los servidores,** en desarrollo de la libertad de escogencia establecida en las disposiciones citadas.

(...)

**- Por ley, no se pierde el derecho a la retroactividad de las cesantías por trasladarse al Fondo Nacional de Ahorro, estando a cargo del empleador el mayor valor como lo establece el parágrafo del artículo 5 de la Ley 432 de 1998.**

(...)

**Cuando un servidor público con régimen de retroactividad en la cesantía, decide trasladarse al Fondo Nacional de Ahorro, no está haciendo un cambio de régimen, está cambiando de entidad pagadora**



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**y administradora de esa prestación social.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

**Concepto 4089 de 2005 Departamento Administrativo de Servicio Civil**

"El artículo 3º del Decreto 1582 de 1998, dispone: "En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantías de dicha Ley, se procederá de la siguiente forma:

a) **La entidad pública realizará la liquidación de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;**

b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador; (...)"

(...)

El artículo vigésimo séptimo de la Resolución No. 003 del 28 de julio de 2000, expedida por la Junta Directiva de FAVIDI, señala: "(...) TRASLADO A FONDOS PRIVADOS, DE LOS VINCULADOS CON ANTERIORIDAD EN EL REGIMEN DE RETROACTIVIDAD, QUE DECIDAN ACOGERSE AL REGIMEN DE CESANTIA DE LA LEY 344/96: En concordancia con lo definido en el artículo 3º del Decreto 1582 de 1998, **EL FAVIDI deberá tener en cuenta en la liquidación definitiva de las cesantías realizadas por la entidad pública nominadora, a la fecha de solicitud de traslado; dicha cesantía se tramitará como definitiva, y se pagará a la administradora seleccionada, por el empleado, dentro de los términos previstos en la ley 244/95, previa colocación del saldo disponible de las cesantías por parte de la entidad nominadora (...)**".

La Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en concepto dirigido a la Gerente General del Fondo de Ahorro y Vivienda, con un número de Radicación 9708 del 9 de julio de 2002, señala: "(...) **Los funcionarios públicos que se encuentren en el régimen tradicional de retroactividad de cesantías, pueden optar por acogerse al nuevo régimen, para lo cual se les debe liquidar en forma definitiva sus cesantías con retroactividad con corte a la fecha de solicitud de traslado, dinero que debe ser consignado en la administradora seleccionada por el trabajador(...)**".

(...)



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

El artículo 3º del Decreto 1919 de 2002, sobre la retroactividad de la cesantía, establece: **"Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.**

(...)

3. La liquidación de la cesantía definitiva de la funcionaria a la que alude su consulta debe realizarse, así:

- **Una liquidación en forma anualizada, por el tiempo en que la funcionaria estuvo comisionada en el cargo de libre nombramiento y remoción, y**
- **Otra liquidación con retroactividad, en la cual se tomará como base el sueldo devengado en los últimos tres (3) meses, contabilizados desde el 8 de agosto de 2004, hacia atrás, descontando obviamente el tiempo en que estuvo comisionada.** "(Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, el traslado de fondo no elimina el régimen de cesantías retroactivas y por el contrario, le compete al empleador asumir dicha diferencia, una vez se efectúe el traslado al Fondo y se realice la liquidación definitiva de las mismas cuando finalice el vínculo laboral.

#### 4. Conclusiones.

Para dar respuesta a los interrogantes formulados y a manera de conclusión, se expresa lo siguiente:

- a. Es viable que los docentes que pertenecen al régimen de cesantías retroactivas soliciten a la Universidad que les sean depositadas a un Fondo de cesantías privado, siempre y cuando medie convenio con dicho fondo y la Universidad para tal efecto.
- b. La solicitud de traslado de fondo no implica que se pierda el régimen de retroactividad pero se debe analizar en cada una de las instancias pertinentes en la Universidad, la forma en la que asumirá el valor de la retroactividad de las mismas y su forma de pago al trabajador a través del fondo privado.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

- c. Como consecuencia de lo anterior, las cesantías que se sigan causando una vez se efectúe el traslado siguen bajo el régimen de retroactividad que debe cubrir la Universidad.

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

**MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica

