



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000100871

Fecha: 11/05/2016 01:53:22 p.m.

Bogotá D.C.,

Señor

JORGE ENRIQUE BUITRAGO PUENTE

Email: utopico196@gmail.com

REF.: PRESTACIONES SOCIALES. Retén Social. Retiro de prepensionados. Disfrute de la pensión a partir de la edad de retiro forzoso. Pérdida del régimen retroactivo de cesantías. RAD. 20169000103902 del 11-04-16.

Respetado señor:

En atención a la consulta de la referencia, me permito informarle lo siguiente:

1.- Sobre la consulta en qué consiste el concepto de prepensionado y la normatividad aplicable, me permito remitirle copia del concepto radicado con el No. 20126000016211 del 1º de febrero de 2012, mediante el cual esta Dirección Jurídica se pronunció sobre el tema.

2.- En cuanto a la consulta si los funcionarios a los cuales se les ha reconocido la pensión mediante acto administrativo ejecutoriado pueden optar por acogerse a la edad de retiro forzoso y a partir de esta entrar a disfrutar de la pensión, me permito indicarle que al respecto la Ley 100 de 1993, establece:

"ARTICULO. 150.-Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

PARAGRAFO.- No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso." (Subrayado nuestro)

Igualmente, 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, consagra:

"Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones."

La Sala Plena de la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, mediante Sentencia C-584 de 1997, expresó:

"DERECHO A GOZAR SIMULTANEAMENTE DE LA PENSION DE JUBILACION Y DE UN CARGO PUBLICO-Prohibición

La norma estudiada busca impedir que una persona pueda gozar, simultáneamente, del derecho a la estabilidad en un cargo público y de la pensión de jubilación. Con ello, se pretende liberar una de las dos fuentes de provisión de los recursos involucrados, a fin de destinarlos a satisfacer necesidades de terceras personas. En efecto, si el servidor público opta por continuar trabajando hasta cumplir la edad de retiro forzoso, se disminuye temporalmente la presión financiera sobre los fondos que deben orientarse al pago del pasivo laboral. Si, de otra parte, decide hacer efectiva la pensión, se libera una plaza pública que deberá ser provista por una nueva persona, en edad de trabajar. La norma estudiada persigue una finalidad legítima de especial importancia constitucional. En primer lugar, está destinada a racionalizar los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos, a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de las necesidades básicas que la seguridad social está llamada a satisfacer. Pero busca, adicionalmente, un efecto supletorio, cual es el de aumentar las oportunidades de acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a los cargos públicos."

En los términos de las disposiciones y jurisprudencia transcritas, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso; y no podrá ser obligado a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

De conformidad con la anterior disposición y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, los empleados públicos a quienes se les ha reconocido por resolución la pensión de jubilación y no han llegado a la edad de retiro forzoso, podrán continuar vinculados al servicio y comenzar a disfrutar de la pensión a partir de que cumplen la edad de retiro forzoso, o renunciar y ser retirados del cargo que vienen desempeñando y empezar a disfrutar de la pensión.

3.- Respecto a si los funcionarios del régimen de cesantías retroactivas que son nombrados en empleos de libre nombramiento y remoción pierden el régimen retroactivo, me permito informarle lo siguiente:

El Diccionario de la Lengua Española Tomo II, define SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD como: *"Interrupción o falta de continuidad."*

Quiere decir esto, que por solución de continuidad se entiende la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende "sin solución de continuidad", cuando la prestación del servicio es continuo, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.

Por el contrario, no existe continuidad en el servicio o se puede interrumpir en eventos tales como los siguientes:

- Cuando se establece un servicio discontinuo, o sea el que realiza el empleado público bajo una misma relación laboral pero con suspensiones o interrupciones en la labor, autorizadas por la ley, como el caso de licencias, servicio militar y otras situaciones similares, sin que haya terminación del vínculo.

También se pierde la continuidad cuando transcurre un intervalo sin relación laboral y por disposición legal no puede acumularse el tiempo servido entre una y otra entidad o sea existiendo solución de continuidad.

La "no solución de continuidad", se predica en aquellos casos en los cuales haya terminación del vínculo laboral con una entidad y una nueva vinculación en la misma entidad o el ingreso a otra, y debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones, salarios y beneficios laborales, disposición que a su vez establecerá el número de días de interrupción del vínculo que no implicarán solución de continuidad.

En relación con la "no solución de continuidad" es importante tener en cuenta que el sólo hecho de no transcurrir más de quince días entre el retiro del empleado y su nueva vinculación con la Administración, no faculta a esta última para que la reconozca, para el pago de sus elementos de salario y prestaciones sociales, pues para que esta figura proceda deben darse los siguientes presupuestos:

- Que en la nueva entidad a la que se vincule el empleado se aplique el mismo régimen salarial y prestacional que disfrutaba en la entidad que se retiró.
- Que la no solución de continuidad se encuentre expresamente consagrada en la ley.

Conforme a lo señalado hasta el momento, para aplicar la solución de continuidad es necesario que exista una norma expresa que la contemple y que el servidor continúe regido bajo las mismas disposiciones legales.

De acuerdo con lo anterior y una vez revisadas las normas que regulan el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, en especial la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1160 de 1947 y 2567 de 1946, es posible señalar que el mismo no consagra la continuidad en materia de régimen de cesantías.

Ahora bien, efectuadas las anteriores precisiones, con respecto a la consulta si se pierde el régimen de cesantías cuando el empleado es nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción se precisa lo siguiente:

La Ley 344 de 1996 reglamentada parcialmente por el Decreto 1267 de 2001, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, 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.

Antes de 1996, el régimen de cesantías de los empleados públicos del nivel territorial, en atención a la Ley 6 de 1945 es el retroactivo, cuya característica principal es la liquidación al

final del vínculo laboral con el último sueldo devengado, lo que resulta más beneficioso para el empleado en comparación con el régimen anualizado.

En el caso consultado, se considera que al ser retirado el empleado público de su cargo se da término a la relación laboral existente, cesando como se mencionó, para el empleado las obligaciones con la administración y viceversa. Por lo tanto, al realizarse un nuevo nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción y darse una nueva posesión, se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior. De esta forma, quien se vincula nuevamente en la administración en otro cargo, en virtud de la Ley 344 de 1996 se encuentra en el régimen de cesantías con liquidación anualizada, sin que exista fundamento legal para continuar con el régimen de cesantías que poseía en una relación laboral extinta.

Ahora bien, el auxilio de cesantía se hace exigible al momento de finalizar la relación laboral, independientemente del régimen al cual pertenezca el empleado (retroactivo o anualizado).

Para entender la anterior premisa, es preciso aclarar en primer lugar la naturaleza jurídica del auxilio de cesantías señalada en particular por la Corte Constitucional en sentencia C-310 del 3 de mayo de 2007, en los siguientes términos:

"...Como puede apreciarse, la jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un ahorro forzoso del trabajador, que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades mientras permanece cesante o para atender otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación.

No se trata estrictamente de un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado o de la eventual duración de la desocupación; además el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su vínculo laboral con el empleador.

Esa discusión en torno a la naturaleza jurídica de tal prestación debe tenerse por superada, pues como se expresó anteriormente la cesantía es, ante todo, un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración, que además está llamada a cumplir una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, el auxilio de cesantía es una prestación social a cargo del empleador, concebida para que sea retirada por el trabajador al término del vínculo laboral, momento en el cual puede disponer libremente de esta prestación, ya sea por pago directo del empleador o por pago por el fondo de cesantía al cual se encuentre afiliado.

Sobre el particular, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de agosto de 2010, señala:

"...En efecto, el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe cuando se termina el contrato de trabajo que lo liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce una de las tantas tutelas jurídicas a favor del subordinado, que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe como parte del fruto de su trabajo, acorde con las preceptivas de los artículos 249, 254, 255 y 256 del C. S. del T., 102 ordinales 2 - 3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006.

En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla bien directamente a quien fue su servidor o a través de los fondos administradores según la teleología de la ley." (Negrita y subrayado fuera de texto)

Una vez aclarada la naturaleza del auxilio de cesantía, nos referiremos al momento en el cual se hace exigible esta prestación, citando lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de agosto de 2010, así:

"...Así las cosas, se reitera nuevamente, que el sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía actualmente vigente, no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social. Simplemente y desde luego de manera radical y funcional, cambió la forma de su liquidación, pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto a que solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex-trabajador debía recibirla y beneficiarse de ella como a bien lo tuviera sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia del contrato necesitara anticipos parciales o préstamos sobre el mismo." (Subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, el sistema de liquidación anual no modificó la fecha de causación o exigibilidad del auxilio de cesantía, sino que cambió la forma de su liquidación, manteniendo el derecho del ex empleado de recibir y disponer libremente de sus cesantías a la finalización de la relación laboral.

De conformidad con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica en el presente caso, una vez que el empleado con cesantías retroactivas es retirado del cargo que viene desempeñando, sus cesantías retroactivas pendientes de reconocer y pagar, deben ser liquidadas y pagadas con la asignación básica mensual correspondiente a dicho empleo, por cuanto 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.

Con fundamento en lo anterior y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica una vez que el empleado es vinculado en un nuevo cargo de libre nombramiento y remoción, en criterio de esta Dirección Jurídica pasa al régimen anualizado de cesantías y pierde el régimen retroactivo de cesantías.

4.- En cuanto a la consulta si los funcionarios con régimen retroactivo de cesantías que se cambiaron a un fondo privado pueden volver al régimen de retroactividad, me permito manifestarle lo siguiente:

En nuestra legislación existen actualmente dos regímenes de liquidación de cesantías:

El retroactivo y el anualizado, los cuales tienen características especiales; **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, con fundamento en lo 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, 2° y 6° del Decreto 1160 de 1947 y 2° del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996¹.

El segundo, régimen de liquidación de cesantías por anualidad, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley 50 de 1990, pero con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se extendió a los públicos y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, lo cual cobija a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996.

De otra parte, respecto a la administración de las cesantías por parte de fondos privados, el Decreto 1582 de 1998² señala:

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.

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 para los empleados públicos del nivel territorial, las cesantías en régimen retroactivo se constituyeron como un derecho hasta el día 31 de diciembre de 1996, fecha de publicación de la Ley 344 de 1996, a partir de esa fecha, los empleados que ingresaran al servicio de las entidades públicas, se encontraban en el régimen de cesantías con liquidación anualizada.

Una vez fue publicada la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, los empleados que se encontraban en régimen retroactivo de cesantías podían voluntariamente, acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías.

Ahora bien, aquellos servidores públicos del nivel territorial que se encuentran en el sistema tradicional de retroactividad y deseen afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, para la administración y pago de sus cesantías, podrán hacerlo en virtud de convenios previamente suscritos entre el empleador y el respectivo fondo.

¹ Revista Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 2009, Editorial LEGIS, Página 725.

² "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".



FUNCIÓN PÚBLICA



TOBAC DOD IIN
NUEVO PAÍS

En consecuencia, cuando respectivamente a los funcionarios que se encuentran en retiro, se encontraban en régimen retroactivo a la expedición de la Ley 979 del 2002 voluntariamente, se acogieron al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías y se afiliaron a los Fondos Privados con tal fin, perdieron el régimen de liquidación de cesantías retroactivo y no será procedente volver al régimen retroactivo de cesantías.

5.- En cuanto a la consulta sobre a cuánto ascienden las sumas pagadas con recursos del erario público por concepto del contrato realidad en los casos que por contratos de prestación de servicios se ha condenado al Estado, me permito informarle que este Departamento Administrativo carece información, razón por la cual no es posible suministrar la misma.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del C.P.A.C.A

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

Anexos: Concepto No. 20126000016211 del 1º de febrero de 2012 en dos folios.

Pedro P. Hernández V / Monica L. Herrera M.
600.4.8.