



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

I-2015-19886

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
Fecha	
No. Referencia	I-2015-17481; E-2015-52717

C

MEMORANDO

DE: CAMILO ANDRÉS BLANCO LÓPEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: CLAUDIA PATRICIA OSPINA
Jefe Oficina de Nómina

ASUNTO: Concepto continuidad régimen retroactivo por traslado a fondo privado

FECHA: 07 de abril de 2015

07 ABR 2015

Apreciada doctora;

En atención a su consulta, remitida a esta oficina el pasado 25 de marzo del año en curso, mediante radicado I-2015-17481, relacionada con el régimen por el que deben liquidarse las cesantías del señor FRANCISCO CUESTA PALACIOS, a continuación se reiteran las precisiones que se realizaron en el concepto emitido por esta Oficina Asesora el pasado 06 de noviembre de 2014, con radicado I-2014-56724, así:

I. MARCO JURÍDICO

Ley 6 de 1945, artículo 17.

Ley 65 de 1946, artículos 1, 2.

Decreto 2567 de 1946, artículo 1.

Decreto 1160 de 1947, artículos 1, 6.

Decreto 3118 de 1968, artículos 22, 27.

Ley 91 de 1989, artículos 1 y 15.

Ley 50 de 1990, artículo 99.

Decreto 1582 de 1998, artículo 3.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 28 de junio de 2012. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00433-01(0400-10).

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación No. 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10).

Av. Eldorado No. 66 - 63
PBX: 324 10 00
Fax: 315 34 48
www.sedbogota.edu.co
Información: Línea 195



AA
07 ABR 2015

BOGOTÁ
HUMANA



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 09 de abril de 2014.
Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No.
05001233100020050395501. No. Interno: 0555-2013.

II. ANALISIS JURÍDICO

1. Derecho al auxilio de cesantías

Ley 6 de 1945, en su artículo 17 dispuso que los empleados nacionales de carácter permanente gozan del auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio.

En la misma línea, la Ley 65 de 1946, en su artículo 1º estableció que los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios, tendrían derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante.

2. Sistemas de liquidación de cesantías

En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran tres sistemas de liquidación de cesantías, a saber: el sistema retroactivo, el sistema de liquidación anual y sistema de liquidación del Fondo Nacional del Ahorro. Para lo que aquí nos interesa y para mayor claridad acerca de estos sistemas, a continuación se relaciona la normatividad que permite dilucidar en qué consiste y cuál es la aplicación del sistema retroactivo y del sistema de liquidación anual.

a. Sistema Retroactivo

Frente al sistema retroactivo, tenemos que la ley 65 de 1946, en su artículo 2º estableció que para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarían las reglas indicadas en el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se haría teniendo en cuenta no solo el salario fijo sino lo que percibiera a cualquier otro título y que implicara directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.

A su vez, el Decreto 2567 de 1946, en su artículo 1º dispuso que el auxilio de cesantía a que tuvieran derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidaría de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal hubiese tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se haría por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses.

Por su parte, para efectos de tener claridad acerca de cómo debía realizarse la liquidación retroactiva por todo el tiempo laborado, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 1º dispuso que los empleados tenían derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que fuere la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Igualmente, el artículo 6º del mismo Decreto 1160 indicó que de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tuvieron derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendentales, comisariales, municipales y particulares, se tomaría como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal hubiese tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se haría 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.

b. Desmante de la retroactividad e implementación de la liquidación anual

Ahora bien, a partir de 1968, se inició el desmante del sistema retroactivo de liquidación de cesantías para implementar el sistema de liquidación anual de cesantías. De tal suerte, el Decreto 3118 de 1968, en su artículo 22º, instituyó que la Caja Nacional de Previsión Social liquidaría el auxilio de cesantía causado hasta el 31 de diciembre de 1968 en favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella; y que los demás organismos nacionales de previsión social, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado cuyos empleados o trabajadores no estuvieran afiliados a la Caja Nacional de Previsión social harían para éstos tal liquidación.

A su vez, el mismo Decreto 3118 de 1968, en su artículo 27º expuso por primera vez el sistema de liquidación anual, estableciendo que cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarían la cesantía que anualmente se causara en favor de sus trabajadores o empleados.

En la misma línea, la ley 50 de 1990, en su artículo 99, explicó que el nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendría 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 que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren 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.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

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 dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para 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.

Frente a los sistemas de liquidación de cesantías antes expuestos, el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia¹ ha precisado:

En la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber: 1°.- Sistema retroactivo: las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifiquen y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. 2°.- Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990: incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador; cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998. 3°.- Sistema del Fondo Nacional del Ahorro: desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998; rige para los servidores que se afilien al Fondo y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo.

(...)

Lo anterior permite concluir de manera diáfana que el régimen de cesantías de los empleados del Distrito Capital de Bogotá, cuya vinculación se haya presentado antes del 30 de diciembre de 1996, será el régimen retroactivo conforme a lo que dispone el artículo sexto de la Ley 6 de 1945. Ahora bien, el Decreto 1252 de 2000, arriba citado, señala que los servidores públicos que se encuentran disfrutando el régimen de cesantías retroactivas, se encuentran habilitados para gozar del mismo, hasta tanto persista su vinculación laboral en el organismo o la entidad respectiva, es decir, que solo la terminación legal del vínculo laboral, excluye a la administración de dar aplicación a dicho régimen; (...)

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 28 de junio de 2012. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00433-01(0400-10).

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardiña. Radicación No. 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Asimismo, el Consejo de Estado², en cuanto al sistema retroactivo de liquidación de cesantías expuso:

A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se proscribió el pago retroactivo de cesantías, se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las mismas, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital), sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando.

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1º que 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.

Finalmente, en cuanto al sistema retroactivo de liquidación de cesantías, es importante diferenciar dos supuestos. El primero, relacionado con la manifestación de acogerse al régimen de liquidación anual de cesantías; y, el segundo, referente a la manifestación de la voluntad de que las cesantías sean administradas por una de las entidades administradoras, creadas por la ley 50 de 1990, continuando con el sistema retroactivo de liquidación de cesantías.

Para el primer supuesto, esto es, para el caso en el que los funcionarios decidieran acogerse al nuevo régimen de liquidación de cesantías, el Decreto 1582 de 1998, en su artículo 3º aclaró que 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 decidieran acogerse al régimen de cesantía de dicha ley**, se procedería 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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 09 de abril de 2014. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 05001233100020050395501. No. Interno: 0555-2013.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

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.

Por su parte, para el segundo supuesto, esto es, para aquellos casos en los que los funcionarios con régimen retroactivo de cesantías manifestarán su intención de que sus cesantías fueran administradas por entidades administradoras de cesantías, creadas por la Ley 50 de 1990, el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998 estableció:

Artículo 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. (...)

Lo anterior permite concluir que la manifestación de voluntad de trasladar las cesantías a un fondo privado, no implica necesariamente el cambio de régimen de liquidación de las mismas. Para que exista tal cambio en el régimen de liquidación se requiere contar con la manifestación de la voluntad del funcionario, en tal sentido.

III. CASO CONCRETO

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, según lo expuesto por la Oficina de Nómina en el oficio de la referencia, el señor Francisco ingresó a la Secretaría de Educación el 15 de febrero de 1993, razón por la cual, en principio, tenía derecho al sistema retroactivo de liquidación de cesantías.

En los documentos allegados por la Oficina de Nómina se encuentran:

1. Resolución 1647 de 2000, proferida por el Secretario de Educación, por la cual se reconoce y paga cesantías e intereses al señor Francisco Cuesta, perteneciente al nuevo régimen. En las consideraciones de dicho acto administrativo, se establece que "el señor Francisco Cuesta solicita que se le dé trámite urgente a su solicitud de traslado de Fondo de Cesantías, que ha venido realizando desde el año de 1997 y presenta carta en donde manifiesta su deseo de acogerse a la Ley 50 de 1990 y afiliarse al Fondo de Cesantías Porvenir".
2. Resolución 3414 de 2003, proferida por el Secretario de Educación, por la cual se reconoce y paga cesantías al señor Francisco Cuesta, perteneciente al nuevo régimen.
3. Comunicación del 04 de septiembre de 2014, emitida por el señor Francisco Cuesta Palacios, dirigida a la Jefe de la Oficina Nómina de la Secretaría, en la que informa su decisión de trasladar sus cesantías del Fondo Nacional del Ahorro al Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones "FONCEP", **y así mismo continuar con el régimen de retroactividad.**
4. Comunicación del 23 de septiembre de 2014, emitida por la Jefe de la Oficina de Nómina de la Secretaría, dirigida al Fondo Nacional del Ahorro, en la que informa que el



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

funcionario Francisco Cuesta, **quien se encuentra en el régimen retroactivo de cesantías**, solicitó el traslado de las cesantías del Fondo Nacional del Ahorro al Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones "FONCEP".

5. Comunicación del 23 de septiembre de 2014, emitida por la Jefe de la Oficina de Nómina de la Secretaría, dirigida al Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones "FONCEP", en la que informa que el funcionario Francisco Cuesta, **quien se encuentra en el régimen retroactivo de cesantías**, solicitó el traslado de las cesantías del Fondo Nacional del Ahorro al Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones "FONCEP".
6. Comunicación del 09 de octubre de 2014, emitida por la Jefe de la Oficina de Nómina de la Secretaría, dirigida al Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones "FONCEP", en la que informa que el funcionario Francisco Cuesta, **quien se encuentra en el régimen retroactivo de cesantías**, solicitó el traslado de las cesantías del Fondo Nacional del Ahorro al Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones "FONCEP".

Teniendo en cuenta los documentos antes relacionados, remitidos por la Oficina de Nómina, es importante resaltar que en documento alguno se encontró la manifestación expresa de la voluntad del señor Francisco de acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías. Sin embargo, en la resolución 1647 de 2000, proferida por el Secretario de Educación se advierte en los considerandos los siguientes apartes:

Que el señor Francisco Cuesta solicita que se le dé trámite urgente a su solicitud de traslado de Fondo de Cesantías, que ha venido realizando desde el año de 1997 y presenta carta en donde manifiesta su deseo de acogerse a la Ley 50 de 1990 y afiliarse al Fondo de Cesantías Porvenir.

Que la Secretaría de Educación de Santa Fe de Bogotá, D.C., la cual forma parte de la administración central debe dar cumplimiento a las normas citadas anteriormente, que por ello, es procedente se liquide, reconozca y cancele consignando el valor de la liquidación de las Cesantías en el Fondo de Cesantías Porvenir y el valor de los intereses al trabajador, de acuerdo a la solicitud que el funcionario hace acogiéndose al nuevo sistema de liquidación de cesantías Ley 50 de 1990.

De acuerdo con lo expuesto, es importante que la Oficina de Nómina verifique la comunicación a que hace referencia dicha resolución, y el trámite que se surtió frente a tal acto administrativo, con el fin de constatar si en alguna actuación del señor Francisco es posible evidenciar la voluntad de acogerse al régimen de liquidación anual de cesantías, pues sin tal manifestación de la voluntad, no es posible asegurar su cambio de régimen.

En los anteriores términos se rinde el concepto solicitado.

Cordialmente

CAMILO BLANCO
Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Yira Rodríguez Díaz