

AUXILIO DE CESANTIAS – Regulación legal / REGIMEN RETROACTIVO DE CESANTIAS – Regulación legal. Liquidación

Las leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, así como los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, consagraron el derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio continuo o discontinuo y proporcionalmente por las fracciones de año. En cuanto a la forma de liquidarlas se debía atender el último salario fijo devengado, a menos que hubiere tenido variaciones 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 fuere menor de los 12 meses; y todo lo recibido por 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. Por lo anterior, se dice que el régimen de cesantías consignado en las normas citadas es de carácter retroactivo debido a que se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 – ARTICULO 17 / DECRETO 2567 DE 1946 – ARTICULO 1 / LEY 63 DE 1946 – ARTICULO 1 / LEY 65 DE 1946 – ARTICULO 2 / DECRETO 1160 DE 1947 – ARTICULO 1

REGIMEN ANUALIZADO DE CESANTIAS – Regulación legal / REGIMENES DE LIQUIDACION DE CESANTIAS A NIVEL NACIONAL – Clasificación

En el ámbito nacional han existido, para el sector público, tres regímenes de liquidación de cesantías, a saber: a) el de liquidación retroactiva; b) los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro y c) los pertenecientes a fondos privados de cesantías.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3118 DE 1968 / LEY 50 DE 1990 / LEY 344 DE 1996 / DECRETO 1582 DE 1998

REGIMEN DE RETROACTIVIDAD DE CESANTIA DE EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL – No aplicación. Solución de continuidad

De conformidad con lo establecido en la ley 65 de 1946, que regula lo concerniente al auxilio de cesantía retroactivas, los trabajadores de los departamentos, municipios, intendencias y comisarías, tienen derecho al auxilio de cesantía por el tiempo trabajado **continua o discontinuamente**, en los términos previstos en la ley 6ª de 1945. Según el artículo 5º del decreto 1160 de 1947, se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía, aquél que realiza el empleado oficial dentro de una misma relación jurídica de trabajo aunque haya suspensiones o interrupciones en la labor autorizada por la ley, como licencias, incapacidades, servicio militar, enfermedad, accidente de trabajo y demás situaciones laborales que NO impliquen terminación del vínculo laboral, de modo que opera la presunción legal de que no ha existido solución de continuidad. Con base en esta disposición y teniendo en cuenta la prueba documental allegada al proceso y las aseveraciones del demandante, se establece con claridad que sí existió una interrupción en su relación laboral

con la Rama Judicial desde el 15 de diciembre de 1991. Por consiguiente, cuando ingresó nuevamente al servicio público el 7 de enero de 1992, a través de una nueva relación laboral legal y reglamentaria, esta vez al Ministerio Público, sus cesantías debían ser liquidadas conforme a las reglas contenidas en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 33 de 1985, en armonía con lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 3118 de 1968. El hecho de que haya reingresado al servicio público 13 días hábiles después de su desvinculación de la Rama Judicial, no significa que no haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio, porque para efectos del auxilio de cesantías esta debe entenderse bajo “(...) *una misma relación jurídica de trabajo...*” a la luz del artículo 5° del Decreto 1160 de 1947. En ese orden, la ruptura en el vínculo laboral con la Rama Judicial no sólo trajo a cuenta el reconocimiento de la liquidación de sus prestaciones sociales definitivas, sino la culminación, para él, del régimen retroactivo de cesantías.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 / DECRETO 1160 DE 1947 – ARTICULO 5

PRIMA DE ANTIGÜEDAD EN LA RAMA JUDICIAL – No se pierde si la separación del servicio no supera los 15 días hábiles

Los incrementos salariales por antigüedad en el Artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 – modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 420 de 1979 consagra una excepción, cual es que la solución de continuidad se configura aún cuando no se dé bajo una misma relación laboral, pero con la advertencia que entre el retiro y la nueva vinculación no transcurran más de 15 días hábiles, con el fin de permitir al trabajador que reingrese al servicio público conservar o mantener los incrementos salariales que por antigüedad hubiera podido adquirir, más no las prerrogativas que ostentaba en materia de cesantías. Por esa razón fue que al actor se le reconoció por parte de la Procuraduría General de la Nación una prima de antigüedad, en razón en que a voces del artículo transcrito no existió solución de continuidad entre la desvinculación de la Rama Judicial - 15 de diciembre de 1991- y el ingreso al Ministerio Público- enero 7 de 1992. Así las cosas, la solución de continuidad debe entenderse por regla general bajo una misma relación laboral, salvo que norma expresa manifieste que la desvinculación del servicio sea irrelevante para el reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, como ocurre en el caso de los “incrementos salariales por antigüedad”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 – ARTICULO 49 / DECRETO LEY 420 DE 1979 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 20001-23-31-000-2004-00783- 01(1004-07)

Actor: MELANIO MARTINEZ MARTINEZ

Demandado: PROCURADDURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de diciembre de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por Melanio Martínez Martínez contra la Nación- Procuraduría General de la Nación-.

ANTECEDENTES

El demandante, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó la nulidad de las Resoluciones 1848 del 7 de octubre de 2003, por la cual se niega el reconocimiento de la retroactividad de cesantías, y 2483 del 18 de diciembre del mismo año, que confirmó en todas sus partes la decisión anterior.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se le reconozca la retroactividad de las cesantías desde el año de 1982, liquidada con el último sueldo que devenga en la entidad, en razón al reconocimiento que hizo la entidad de la Prima de Antigüedad.

Los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones se pueden resumir de la siguiente manera:

Ingresó a laborar a la Rama Judicial el 2 del agosto de 1982 en el cargo de Citador del Juzgado Quinto Penal Municipal, siendo desvinculado el 15 de diciembre de 1991, razón por la cual se le ordenó el pago de sus cesantías definitivas por el periodo referenciado.

Mediante Resolución 510 del 15 abril de 1992, se le reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva con base en los parámetros del Decreto 3118 de 1968, por el lapso comprendido entre el 13 de marzo al 15 de diciembre de 1991.

A partir del 7 de enero de 1992, se vinculó a la Procuraduría General de la Nación donde solicitó el reconocimiento de la prima de antigüedad, la cual le fue otorgada a partir del 1º de enero de 1995. A través de la Resolución 03526 del 13 de diciembre de 1993, se le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial por el tiempo computable al año de 1992, que fue recurrida en razón a que no se le había liquidado retroactivamente.

Posteriormente solicitó a la Secretaría General de la entidad demandada que sus cesantías se liquidaran con base en el sistema de la retroactividad debido a que también devengaba la denominada prima de antigüedad, sin embargo, la solicitud fue denegada a través de los actos acusados.

Invocó como normas violadas los artículos 53 de la Constitución Política, el Decreto 1042 de 1978, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 051 de 1993. El concepto de violación lo desarrolló a folios 38 y siguientes del expediente.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

En la etapa procesal correspondiente, la Procuraduría General de la Nación dio contestación al libelo manifestando, en síntesis, que cuando el actor ingresó al organismo de control el régimen salarial y prestacional aplicable era el consagrado en la Ley 33 de 1985, fundamento para reconocerle el pago parcial de sus cesantías bajo los parámetros del Decreto 3118 de 1968.

Que con base en lo anterior, la decisión plasmada en los actos acusados no incurre ni en falsa ni en errónea motivación, pues se encuentra soportada jurídicamente. Agregó que el hecho de estar percibiendo la prima

de antigüedad no da lugar al beneficio de la retroactividad en la liquidación de sus cesantías, la cual quedó definida cuando se retiró de la Rama Judicial.

Advirtió que no está consagrado constitucionalmente el derecho perpetuo de un ex funcionario a mantener la expectativa de obtener reliquidación de cesantías mientras tenga la posibilidad de ingresar nuevamente al servicio público.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la sentencia que se apela, denegó las pretensiones de la demanda. (fls. 200 a 210)

Consideró que no había lugar al reconocimiento y pago retroactivo de las cesantías, por cuanto el vínculo contractual con la Rama Judicial se rompió y se interrumpió la continuidad en la prestación del servicio público con la liquidación y pago de las cesantías efectuado por la misma rama del poder público por el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 1982 y el 15 de diciembre de 1991. Dijo que con posterioridad a este periodo hubo otro en el que laboró al servicio de la entidad demandada, el cual transcurrió a partir del 7 de enero de 1992, por lo que era necesario que su régimen de liquidación de cesantías se hiciera con base en la normativa vigente, que era la consagrada en la Ley 33 de 1985, que dispone que aquellos que ingresen a laborar en el Ministerio Público a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley, se regirían por las normas del Decreto 3118 de 1968 en lo relacionado con la liquidación y pago de cesantías.

En cuanto al argumento del actor referente al derecho que le asistía a la liquidación de sus cesantías con base en el régimen de la retroactividad por el hecho de mantener la prima de antigüedad, manifestó que no existe norma expresa que permita aplicar por analogía las reglas de la prima de antigüedad al régimen de retroactividad de cesantías, que dicen que si entre una vinculación y otra no mediaron más de 15 días hábiles no se pierden los

tiempos laborados al sector oficial para efectos de la prestación por antigüedad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora inconforme con la decisión de primera instancia la apeló (fls. 236-254).

Luego de efectuar un recuento de los hechos que dieron origen a la demanda, transcribir a apartes de la misma y reseñar de manera sucinta el fallo apelado, manifestó que el Tribunal de instancia no evaluó e interpretó el verdadero alcance de las pruebas que se aportaron con la solicitud de nulidad, siendo que se trataba de un asunto de puro derecho, y que tal situación conllevó a que se hiciera una interpretación errónea respecto del reconocimiento y pago del retroactivo de sus cesantías.

Al referirse a las normas que regulan el incremento salarial por antigüedad, manifestó que entre la fecha de retiro de la Rama Judicial y la vinculación en el Ministerio no transcurrieron más de 15 días hábiles, por lo que no existió solución de continuidad que le hiciera perder el beneficio del régimen retroactivo de cesantías con el que venía en la Rama Judicial.

A continuación insistió en la aplicación de la situación más favorable al servidor público, de conformidad con la jurisprudencia laboral que sobre el tema se ha emitido, la cual transcribe, y el artículo 36 de la Ley 6ª de 1945.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado al emitir su concepto solicitó que se confirme la sentencia apelada (fls. 420-424).

Advirtió que el actor en sus argumentaciones confunde el régimen de prima de antigüedad con el de cesantías, los cuales se diferencian en que el primero consagra una prestación periódica que se reconoce mes a mes y el

otro no, debido que sólo se hace exigible del empleador al momento en que el trabajador queda cesante.

Aseguró que la pretensión del demandante, de que se le liquiden sus cesantías con carácter retroactivo desde el año de 1982, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que no puede beneficiarse al mismo tiempo de dos regímenes diferentes y excluyentes.

Explicó que al actor se le efectuó el pago de sus cesantías definitivas al término de su relación laboral con la Rama Judicial y al ingresar al servicio de la Procuraduría General de la Nación su sistema de liquidación de cesantías pasó a ser regulado por el régimen salarial y prestacional del nuevo cargo vigente en la entidad demandada. Agregó que cuando el actor aceptó el nuevo cargo también lo hizo respecto de su régimen salarial y prestacional.

Dijo que el trabajador que cambia de cargo sólo puede conservar los derechos preexistentes si existe ley que expresamente lo señale, como ocurre con el régimen salarial antiguo, el cual contiene la prima de antigüedad, en donde sí establece claramente que la antigüedad para efectos de incrementos salariales no se perdía por el cambio de cargo, salvo que entre una y otra vinculación transcurrieran más de 15 días hábiles.

Manifestó que en el caso de autos no se puede dar aplicación al principio de la favorabilidad, pues ello ocurre cuando existe duda respecto de la interpretación o utilización de dos normas jurídicas que entran en tensión, y no para beneficiarse de los apartes más beneficiosos de una y de otra.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se demanda en el presente asunto la nulidad de las Resoluciones 1848 del 7 de octubre de 2003 (fls 13-16) y 2483 del 18 de diciembre del mismo año

(fls. 22-28) por medio de las cuales el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación denegó la liquidación de cesantías con base en el régimen retroactivo.

Para definir si las cesantías del señor Melanio Martínez deben ser liquidadas con base en el régimen retroactivo ó si por el contrario deben sujetarse al sistema anualizado, es necesario que la Sala efectúe un recuento de la evolución normativa del auxilio de las cesantías que permita aclarar la aplicación del régimen correspondiente al actor teniendo en cuenta la situación laboral que relató en la demanda, esto es, su vinculación al Ministerio Público en el año de 1992, luego de 13 días hábiles de haberse retirado de la Rama Judicial.

En primer lugar se dirá que el auxilio de cesantías fue creado como un derecho del trabajador por los servicios que presta a su empleador y cuyo objetivo es el de cubrir las necesidades a las que se pueda ver sometido al quedar cesante como consecuencia de la pérdida del empleo. Tal auxilio se instituye como un ahorro del trabajador que constituye una prestación social.

Se podría decir que tal auxilio se creó legalmente para los empleados oficiales en el año de 1945 con la expedición de la Ley 6ª, que en su artículo 17 estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

El literal a) de dicho artículo señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de las siguientes prestaciones:

“a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942”.

A su turno, el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946, dispuso:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido

modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

Por su parte la ley 65 de 1946 ordenó:

“Artículo 1°. 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 1° de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro.

PARÁGRAFO. Extiéndese 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 2°. 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 número 2567 del 31 de agosto de 1946 y su cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.”

El decreto 1160 de 1947 reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación, así:

“Artículo 1. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados 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.”

Del anterior desarrollo normativo se puede decir que las leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, así como los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, consagraron el derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio continuo o discontinuo y proporcionalmente por las fracciones de año.

En cuanto a la forma de liquidarlas se debía atender el último salario fijo devengado, a menos que hubiere tenido variaciones 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 fuere menor de los 12 meses; y todo lo recibido por 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.

Por lo anterior, se dice que el régimen de cesantías consignado en las normas citadas es de carácter retroactivo debido a que se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios.

Ahora bien, mediante el decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional de Ahorro, entre cuyos objetivos se encontraba el de pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales, proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador, contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado, contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios, saldar el déficit por concepto de cesantías del sector público, establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto y promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social (artículos 1° y 2°).

La forma de liquidación se dispuso de la siguiente manera

“Artículo 27.- Liquidaciones anuales. 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, liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador (...)

Artículo 29. Salario base. Para efectuar las liquidaciones de que trata el artículo 27 se tomará como base el salario promedio mensual devengado por el empleado o trabajador en los tres últimos meses de cada año.

En caso de salario variable, se tomará como base el promedio de lo devengado en el año respectivo o en el tiempo servido, si éste fuere menor de un año.

La liquidación de la parte de la cesantía correspondiente al tiempo trabajado en el último año de servicio a la cual se refiere el artículo 28, se hará con base en el promedio mensual de los salarios devengados por el trabajador en los tres últimos meses o durante el período en el cual éste prestó sus servicios en el año de retiro, si dicho período fuere inferior a tres meses. (...)

Artículo 33. Intereses a favor de los trabajadores. El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47. (...)

Artículo 49. Consignaciones anuales. La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1° de enero de 1969 se causen a favor de sus empleados y trabajadores.

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

- a) Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos a favor de sus empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar el auxilio de cesantía, y*
- b) Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades, depositarán en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación."*

Así pues, con la expedición del decreto 3118 de 1968 se empieza a desmontar en el sector público la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual.

Para proteger el auxilio materia de estudio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, se estableció el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados.

En el año de 1990 se expide la ley 50 que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías. Esta disposición contempla dos elementos característicos fundamentales dentro del nuevo sistema: la liquidación anual de cesantías y el reconocimiento y pago de intereses legales por parte del empleador. (Artículo 99)

Con la expedición de la Ley 344 de 1996, se continuó con el proceso de desmonte de la retroactividad de cesantías haciendo extensivo el nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

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 lo siguiente:

*“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 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998.

Parágrafo. 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.”.

Conforme con lo anterior, resulta válido decir que en el ámbito nacional han existido, para el sector público, tres regímenes de liquidación de cesantías, a saber: a) el de liquidación retroactiva; b) los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro y c) los pertenecientes a fondos privados de cesantías.

Para resolver el caso concreto se dirá, tal y como se dejó plasmado en líneas anteriores, que en el año de 1991 el actor fue desvinculado de la Rama Judicial y el 7 de enero del año siguiente se posesionó en el cargo de oficinista de la Procuraduría Regional del Cesar.

Por lo anterior, considera que no perdió el derecho a la retroactividad de sus cesantías debido a que entre su desvinculación y su reingreso al servicio oficial, no hubo solución de continuidad porque no transcurrieron más de 15 días hábiles.

De conformidad con lo establecido en la ley 65 de 1946, que regula lo concerniente al auxilio de cesantía retroactivas, los trabajadores de los departamentos, municipios, intendencias y comisarías, tienen derecho al auxilio de cesantía por el tiempo trabajado **continua o discontinuamente**, en los términos previstos en la ley 6ª de 1945.

Según el artículo 5º del decreto 1160 de 1947, se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía, aquél que realiza el empleado oficial dentro de una misma relación jurídica de trabajo aunque haya suspensiones o interrupciones en la labor autorizada por la ley, como licencias, incapacidades, servicio militar, enfermedad, accidente de trabajo y demás situaciones laborales que NO impliquen terminación del vínculo

laboral, de modo que opera la presunción legal de que no ha existido solución de continuidad¹.

Con base en esta disposición y teniendo en cuenta la prueba documental allegada al proceso y las aseveraciones del demandante, se establece con claridad que sí existió una interrupción en su relación laboral con la Rama Judicial desde el 15 de diciembre de 1991. Por consiguiente, cuando ingresó nuevamente al servicio público el 7 de enero de 1992, a través de una nueva relación laboral legal y reglamentaria, esta vez al Ministerio Público, sus cesantías debían ser liquidadas conforme a las reglas contenidas en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 33 de 1985², en armonía con lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 3118 de 1968.

El hecho de que haya reingresado al servicio público 13 días hábiles después de su desvinculación de la Rama Judicial, no significa que no haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio, porque para efectos del auxilio de cesantías esta debe entenderse bajo "(...) *una misma relación jurídica de trabajo...*" a la luz del artículo 5° del Decreto 1160 de 1947.

En ese orden, la ruptura en el vínculo laboral con la Rama Judicial no sólo trajo a cuesta el reconocimiento de la liquidación de sus prestaciones sociales definitivas, sino la culminación, para él, del régimen retroactivo de cesantías.

¹ Artículo 5°. Se entiende por servicio discontinuo para los efectos del auxilio de cesantía a que se refieren los artículos 1° y 3° de la Ley 65 de 1945 en cuanto a los trabajadores particulares, el que se realiza dentro de un mismo contrato o de una misma relación jurídica de trabajo, aunque haya habido suspensiones o interrupciones en el trabajo mismo, como las provenientes de licencias, prestación del servicio militar u otras causas semejantes. Los otros casos en que el trabajador deja de prestar el servicio, pero sin que el contrato o la relación de trabajo se suspendan, como el goce de vacaciones, la enfermedad hasta por ciento ochenta (180) días o el accidente de trabajo hasta por el mismo término de incapacidad, etc., no se entenderán como soluciones de continuidad del servicio para los efectos indicados.

² Quienes a partir del 1 de enero de 1985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, **el Ministerio Público**, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se regirán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten, en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías. (Reseñas no son del texto original)

En ese orden, no es de recibo la alegación que formula la parte actora en torno a que cuando una persona reingrese al servicio del Estado dentro de un plazo que no exceda los 15 días hábiles, no pierde su derecho a la retroactividad de sus cesantías, por cuanto tal situación no la contempló el legislador expresamente.

Sí la contempló expresamente pero respecto a los incrementos salariales por antigüedad en el Artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 – modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 420 de 1979- el cual dispone:

“Artículo 49º.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.”
(Negrillas de la Sala)

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.”

Esta normativa, de naturaleza salarial, consagra una excepción, cual es que la solución de continuidad se configura aún cuando no se dé bajo una misma relación laboral, pero con la advertencia que entre el retiro y la nueva vinculación no transcurran más de 15 días hábiles, con el fin de permitir al trabajador que reingrese al servicio público conservar o mantener los

incrementos salariales que por antigüedad hubiera podido adquirir, más no las prerrogativas que ostentaba en materia de cesantías.

Por esa razón fue que al actor se le reconoció por parte de la Procuraduría General de la Nación una prima de antigüedad, en razón en que a voces del artículo transcrito no existió solución de continuidad entre la desvinculación de la Rama Judicial - 15 de diciembre de 1991- y el ingreso al Ministerio Público- enero 7 de 1992-.

Así las cosas, la solución de continuidad debe entenderse por regla general bajo una misma relación laboral, salvo que norma expresa manifieste que la desvinculación del servicio sea irrelevante para el reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, como ocurre en el caso de los “incrementos salariales por antigüedad”.

En consulta referenciada con el número 675 del 17 de marzo de 1995, el órgano consultivo del Gobierno expresó:

*“La "solución de continuidad", a que alude la consulta, consiste en que, por disposición legal o de decreto ejecutivo, para los efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, la desvinculación del servicio no es jurídicamente relevante si el empleado público se retira de él y se vuelve a vincular inmediatamente o dentro de un determinado plazo. **En consecuencia, si la ley o el decreto ejecutivo nacional dispone, para el reconocimiento de una prestación social, que la desvinculación del servicio durante un tiempo determinado no constituye solución de continuidad, ello significa que, para su reconocimiento, se pueden sumar los tiempos servidos antes de la desvinculación y con posterioridad al nuevo ingreso.**”*

En ese orden de ideas, y como quiera que la normativa relacionada con el tema de las cesantías con carácter retroactivo no permite la acumulación de tiempos para efectos de liquidación de dicho auxilio cuando se haya presentado solución de continuidad, para la Sala el señor Melanio Martínez perdió el beneficio del régimen retroactivo de cesantías cuando se desvinculó de la Rama Judicial en el año 1991, toda vez que se rompió el vínculo o la relación jurídica laboral que hacía viable mantener el auxilio con tales prerrogativas.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006) proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, dentro del proceso iniciado por Melanio Martínez Martínez contra la Nación- Procuraduría General de la Nación-.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

