

Bogotá, D. C.

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 06EE201712000000009501 e ID 122904
Renuncia parcial a los beneficios otorgados por programas de protección al cesante,
por causar perjuicio a quien lo recibe en materia pensional

Respetado Señor,

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca de la renuncia parcial a los beneficios otorgados por programas de protección al cesante por causar perjuicio a quien lo recibe en materia pensional, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que la Ley 1636 de 2013, "*Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al Cesante en Colombia*", establece los principios del mecanismo creado para proteger a quien queda cesante en su trabajo, entre los cuales se destaca el normado en el literal e del artículo 40 de la disposición en comento, referente a la obligatoriedad de la afiliación del cesante al Sistema de Seguridad Social, cuando ha solicitado los beneficios que le otorga el Sistema, norma que a la letra dice:

"Artículo 40 • Principios del mecanismo de protección al cesante. Sin perjuicio de los principios consagrados en la Constitución Política, en el Código Sustantivo del Trabajo y de los que fundamentan el Sistema General de Seguridad Social, son principios del Mecanismo de Protección al Cesante los siguientes:

a)

(...)

e) *Obligatoriedad. La afiliación al mecanismo de protección al cesante es obligatoria para todos los empleados afiliados a las Cajas de jl. Compensación Familiar excepto para los trabajadores de salario integral y trabajadores independientes, para quienes la afiliación a este mecanismo será voluntaria.*”

Sin embargo, la misma disposición claramente establece que no será obligatoria para los trabajadores independientes o para quienes siendo dependientes devenguen un salario integral al momento de quedar cesantes, caso en el cual será voluntaria y no obligante. Corroborra esta situación el hecho de que por mandato de la misma disposición en su artículo 11 *Ibídem*, relativo al reconocimiento de los beneficios, se establece que el beneficio se otorga a petición del cesante y no en forma automática por haber quedado cesante, norma que a la letra dice:

*“Artículo 11. Reconocimiento de los Beneficios. El Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante deberá verificar, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la **petición del cesante presentada en un formulario**, si cumple con la afiliación al Mecanismo de Protección al Cesante y a Cajas de Compensación Familiar y con las condiciones de acceso a los beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, establecidas en la presente ley. En el caso en el que el cesante señale haber hecho ahorro voluntario, las Administradoras de Fondos de Cesantías deberán trasladar a las administradoras del FOSFEC, el monto ahorrado voluntariamente al Mecanismo de Protección. La información correspondiente al promedio del salario mensual devengado durante el último año de trabajo de la persona cesante provendrá de lo reportado a las cajas de compensación familiar.*

El cesante que cumpla con los requisitos, será incluido por el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante en el registro para pago de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones y cuota monetaria de Subsidio Familiar, según corresponda, y será remitido a cualquiera de los operadores autorizados de la Red de SERVICIOS DE EMPLEO, PARA INICIAR EL PROCESO DE

ASESORÍA DE BÚSQUEDA, orientación ocupacional y capacitación. En el caso de haber realizado ahorros voluntarios de sus cesantías para el Mecanismo de Protección al Cesante, igualmente recibirá el incentivo monetario correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno Nacional expida para tal fin. Si el trabajador no es elegible para recibir los beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, esta decisión contará con el recurso de reposición ante la caja de compensación familiar como administradora respectiva del FOSFEC. Parágrafo. Para que proceda el traslado del ahorro voluntario de cesantías de conformidad con lo

señalado en el parágrafo del artículo 7° de la presente ley, el FOSFEC deberá entregar al cesante la certificación que acredite el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del mecanismo de protección al cesante”. (resaltado fuera de texto)

Por ello y en atención al principio de inescindibilidad de la norma, no es posible fraccionar el otorgamiento de los beneficios del sistema, es decir, quien lo desea, haciendo la petición ante las Cajas de Compensación Familiar, gozará de los beneficios otorgados por los programas que pretenden proteger al cesante, en todo su contenido en forma plena, de tal manera que para quien ha devengado un salario superior al que el sistema otorga y le faltan pocos años para obtener del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la pensión de vejez, el pretendido beneficio, lejos de serlo, perjudicaría al interesado, pues no es posible escindir la norma, para aplicarla parcialmente, sino en su totalidad.

Cabe desatacar que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, preconizado en la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, sus Decretos reglamentarios, así como también la Ley 797 de 2003, “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, no establece ninguna excepción a la realización de los aportes al Sistema pensional, cuando el cesante haya solicitado inmersarse en el Sistema para dejar de hacer las cotizaciones respectivas, es decir, que como la petición es del cesante, es él quien tendría que verificar en forma anticipada si dicho beneficio realmente lo es para él, pues si el cesante hubiese devengado un salario superior al mínimo legal durante su relación laboral, el continuar las cotizaciones con un salario mínimo legal vigente por inmersarse en un programa especial, no sería la opción más saludable, pues lejos de ser un beneficio le perjudicaría para efectos pensionales, amen de verificar que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, goza de un principio de obligatorio cumplimiento que es el de favorabilidad, además de tener en cuenta el principio de inescindibilidad de la ley, bajo el cual no es posible en una situación particular aplicar una parte de la norma y otra parte no, cuando se trata de una misma disposición para una situación particular que es la cesación en las labores.

La H. Corte Constitucional, en Sentencia T 832 A/13, Referencia: expediente T- 3970752, Magistrado Ponente Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, con respecto al principio de inescindibilidad de la norma y

favorabilidad en el sistema pensional al respecto manifiesta:

“PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Alcance/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Aplicación

El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su

conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”.

El beneficio que el Sistema otorga al cesante, cumpliría su verdadero papel, cuando aplicando el significado de la palabra beneficio que es una “mejora que experimenta una persona o una cosa gracias a algo que se le hace o se le da”, lo sería realmente, situación que no se presenta cuando se trata de personas que han devengado mayor salario, que la que el mecanismo les otorga, pues para quien esté ad portas de adquirir su derecho a obtener la pensión de vejez, el mecanismo no le beneficiaría y por tanto, no sería de recibo su pedido por parte del cesante, pues nadie va a solicitar para un problema particular soluciones que le perjudiquen en lugar de beneficiarle, que es en suma lo que el Sistema pretende.

Sin embargo, si pese a esta situación el cesante plenamente consciente solicita dicho beneficio, la Caja de Compensación Familiar, no podría otorgar el beneficio escindiendo la norma y aplicándola únicamente para unas situaciones contempladas en ella y para otras no, pues quien solicita el beneficio y quien lo otorga, no podría fraccionarlo, pues es un conjunto complejo que persigue el bienestar complementario para la persona que ha quedado cesante.

De donde se concluye que siendo obligatoria la aplicación íntegra de los beneficios que otorga la ley para quien ha quedado cesante, quien observara que en lugar de beneficiarlo le perjudica en materia pensional, sencillamente no lo solicitaría.

En atención a que el Ministerio de Trabajo es el rector de la política de trabajo y seguridad social, se envía su inquietud a la Dirección de Generación y Protección del Empleo y Subsidio Familiar.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en Materia Laboral.
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Adriana C.

Revisó: Dra. Marisol P.

Aprobó: Dra. Marisol P.

Ruta Electrónica: C:\Users\lcalvachi\Documents\2017 CONSULTAS\08-08-2017\06EE201712000000009501-Juan Osorio-Protección Cesante.docx+