



Concepto 120891 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000120891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000120891

Fecha: 29/03/2022 02:59:19 p.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – Liquidación de Prestaciones. ¿Es procedente que se prescriban las cesantías cuando la entidad no las ha consignado? Radicación No. 20222060087782 del 17 de febrero de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con el no pago de las cesantías, para lo cual me permito manifestarle que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

De acuerdo a lo hechos planteados en su escrito, y para resolver sus inquietudes, se abordaran los siguientes temas:

Del Régimen retroactivo de cesantías.

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, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996¹

En este sentido, el Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, establece:

«ARTÍCULO 1o. 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.

ARTÍCULO 2o. Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

(...)

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

PARÁGRAFO 1º. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo 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». (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, 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.

Del traslado o afiliación al fondo de cesantías.

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).

Por su parte, el H. Consejo de estado mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2008 señaló lo siguiente respecto a una servidora pública beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, que se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador:

(...) Como se advierte, el decreto 1582 de 1998 regula tres situaciones respecto del régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial:

Primero, la de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que no es el caso de la actora pues esta ingresó a la administración distrital el 20 de febrero de 1979, a quienes se les dio la posibilidad de afiliarse a los fondos privados de cesantías y quedar gobernados por los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990 o afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro y regirse por el artículo 5º de la ley 432 de 1998 (artículo 1º).

Segundo, la de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidieron acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, que tampoco es la situación de la demandante, pues no obra escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad (artículo 3º).

Tercero, la de los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la Ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6o. de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas “administren” en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2º). Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado.

Ahora bien, en esta última hipótesis el decreto prevé la suscripción de un convenio suscrito entre los empleadores y el fondo, en el que 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”.

El interrogante que surge es si la suscripción de ese convenio es prerequisite para poder optar por la posibilidad que brinda el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998. La Sala considera que no. El convenio como tal no constituye presupuesto para que el empleado pueda afiliarse al Fondo Privado en orden a que administre sus cesantías retroactivas. No puede quedar en manos del empleador el ejercicio de un derecho que el ordenamiento jurídico ha consagrado a favor del empleado, de suerte que ante la ausencia de convenio no es viable predicar que la norma carezca de efecto y que, por ende, aquel no pueda optar por escoger la administradora de cesantías que a bien tenga.

La Directora de Estudios y Conceptos y el Subsecretario de Asuntos Legales de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en concepto No. 81 del 5 de enero de 2000 (folios 92 y siguientes), sostuvieron:

“(…) cuando una persona que goza del régimen de retroactividad de la cesantía desea trasladarse a un fondo privado de manera directa e individual, no requiere la existencia de un convenio entre el empleador y el fondo, sino que lo puede hacer libre y personalmente. Por lo debe (sic) entenderse que la intención del Decreto 1582, al establecer el convenio, fue la de determinar como se va a pactar el pago de los dineros correspondientes a la retroactividad por parte de la entidad pública (…).”

Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación. Así cuando la demandada procedió a liquidar las cesantías ha debido tomar en consideración los anteriores hechos. No lo hizo, sino que de manera desacertada consideró que con el cambio de administradora se había renunciado implícitamente al beneficio de la retroactividad y optado por la anualidad en la liquidación y pago de la prestación.(…)”

Así mismo, este Alto Tribunal³ en relación con la viabilidad de que los empleados cobijados por el régimen retroactivo de cesantías se acogieran al anualizado, a partir de la expedición de la Ley 344 de 1996, estableció:

“Ahora bien, en cuanto al nuevo Régimen de Cesantías para el Sector Público, el artículo 13 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, contempló el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 13. 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;*
- 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.*

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

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.” (Negrillas fuera del texto)

La anterior normativa fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 1997, declarando exequible la liquidación definitiva de cesantías por anualidad, sobre el particular indicó lo siguiente:

“Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.” (Se Destaca) (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior lo anterior, la afiliación de los empleados 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 por la entidad pública y que el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías es responsabilidad de la misma.

Así las cosas, la entidad puede celebrar convenios para administrar cesantías con otros fondos privados o con el Fondo Nacional del Ahorro, cuando lo haga, el traslado no significa que le esté cambiando al servidor público con régimen de retroactividad en la cesantía su régimen, si lo traslada al Fondo Nacional de Ahorro u otro fondo, no le está haciendo un cambio de régimen, está cambiando de entidad pagadora y administradora de esa prestación social. Por tanto, la ley ordena que una vez perfeccionado el traslado por decisión del funcionario o la entidad, se le giren las doceavas al Fondo Nacional de Ahorro, en tanto que la retroactividad es una obligación de la respectiva entidad empleadora, que tiene a cargo el mayor valor de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 432 de 1998.

Si el servidor con régimen de retroactividad solicita cesantía parcial, el empleador girará al Fondo el mayor valor que por retroactividad corresponda en la liquidación de dicho anticipo. La liquidación total de la retroactividad sólo procede al final de la relación laboral, momento en el cual deberá liquidarse y girarse por parte de la entidad empleadora, la cesantía correspondiente al tiempo total laborado, deduciendo de dicho monto el valor trasladado al Fondo Nacional de Ahorro en la fecha de cambio de entidad administradora y los demás valores correspondientes a pagos efectuados al empleado hasta la fecha, para proceder a entregarle los saldos a su favor, si a ello hubiere lugar.

Lo anterior no implica que la entidad empleadora gire todo lo que el funcionario tenga causado retroactivamente al momento de su traslado a una nueva entidad administradora, sino la colocación de las doceavas, como quiera que la liquidación total de la retroactividad tiene lugar al final de la relación laboral.

Por lo anterior, se sugiere que se revise la situación mediante la cual se traslado de régimen, si lo hizo de manera voluntaria para acogerse al nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, o si por el contrario, su intención era no renunciar al régimen de liquidación retroactiva, sino cambiar de administradora de Fondo de cesantías, sin perder dicho derecho.

De la sanción moratoria por no consignación a tiempo

A partir de la Ley 344 de 1996, se establece el régimen anualizado de cesantías para los servidores públicos, que señala:

“ARTÍCULO 13. 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;

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.”

De acuerdo con lo anterior, las personas que a partir de Diciembre de 1996, se vinculen con entidades u organismos públicos, les serán aplicables las cesantías anualizadas, que tiene como características la liquidación anual y el pago de intereses.

Por su parte la Ley 50 de 1990, al respecto preceptúa:

“ART. 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.*

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...”

La misma Corte Suprema de Justicia, en sentencia 13.467 del 11 de julio de 2000, siendo Magistrado Ponente el doctor Carlos Isaac Nader, reiteró que:

“La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la ley 50 de 1990, tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleado de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.

Ello no es nada nuevo, pues en sentencia de 9 de abril de 1959, reiterada en varias oportunidades, tanto por el extinguido tribunal supremo del trabajo como por la Sala de Casación laboral de la Corte, se ha dicho que, “La sanción por ella consagrada (se refiere al CST, art. 65) no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso...”

De conformidad con las normas que regulan el régimen de cesantías con liquidación anualizada, en especial el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995, Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establece sanciones y se dictan otras disposiciones, cuyo artículo 2 fue subrogado por la Ley 1071 establece:

“ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”

La ley 1071 de 2006, contempla el término que el empleador tiene para expedir la resolución de liquidación de cesantías.

“ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas,

para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este."

De acuerdo con lo anterior, la mora de que trata la Ley 1071 de 2006 hace referencia al incumplimiento por parte de la entidad para realizar el pago de las cesantías que el empleado ha solicitado y que se han autorizado mediante acto administrativo.

Como podemos observar, la norma transcrita contempla términos perentorios para constituir a la administración en mora cuando no realiza en forma oportuna el pago de cesantías, lo que trae como consecuencia una sanción pecuniaria para las entidades obligadas a su reconocimiento y pago, sin que contemple la Ley la obligación de indexar la suma de dinero cuando dentro de los plazos establecidos no se realiza el pago de dicha prestación social.

Ahora bien, la sanción prevista en la Ley 50 de 1990, difiere de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues ambas recaen sobre eventualidades concretas y especiales para cada una. El Consejo de Estado, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-05321-01(2000-10) ha hecho ahínco en establecer las diferencias primordiales de una con la otra, es así como se pronuncia de la siguiente forma:

"Importante resulta aquí reiterar lo que ha expresado esta Corporación en el sentido de que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre; con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995. Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del Decreto 1582 de 1998, se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de esa prestación al momento del retiro del servicio. La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley. El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación. Esta norma define un sistema de liquidación anual de cesantías y regula la sanción que se causa para el empleador que incumple la obligación de consignar oportunamente las cesantías de sus trabajadores en un fondo privado (a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación)."

Es así como la sanción moratoria contenida en la ley 244 de 1995 aplica solo para empleados que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado, pues la norma es lo suficientemente clara en señalar 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 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; 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 1.998.

La anterior interpretación es apoyada igualmente en el precedente jurisprudencial del Consejo de estado expediente 1851 de 2003, quien en forma reiterada sobre el tema ha manifestado:

"De las normas enunciadas (ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 y D.R. 1582 de 1998) se deduce que para efectos de la liquidación de las cesantías en la forma allí prevista y con las consecuencias allí señaladas se han de reunir los siguientes requisitos.

- a) El empleado ha debido vincularse a partir del 31 de diciembre de 1996, y,*
- b) El empleado ha de afiliarse a un fondo privado de cesantías que voluntariamente haya escogido.*

Sólo así el empleado puede hacerse acreedor al pago de la sanción moratoria de la ley 50 de 1990. ..." (subrayado fuera de texto)

Por lo tanto cuando el servidor público este afiliado a un fondo privado si habrá aplicación de la sanción moratoria. Pero si ha escogido el Fondo Nacional del Ahorro la normativa aplicable es la contenida en la Ley 432 de 1998, artículo 6º modificado por el decreto 019 de 2012.

Es pertinente señalar, que frente al incumplimiento por parte de las entidades públicas de consignar oportunamente las cesantías de los empleados públicos en los fondos privados, procede la sanción moratoria contenida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que sea procedente la aplicación de la sanción por mora de que trata la Ley 1071 de 2006 que como ya se advirtió aplica en los eventos de mora en

el pago más no en la de consignación.

De la prescripción.

En relación al tema debe tenerse en cuenta la prescripción para obtener el reconocimiento y pago de cesantías, bajo los siguientes parámetros:

El artículo 151 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y, en cuanto al término de prescripción de los derechos laborales, consagra:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible

Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo

“Artículo 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

(...)

Ahora bien, la Corte en sentencia de 14 de agosto de 2012, rad. 41.522, se refirió al tema en los siguientes términos:

“ De manera que se equivocó el ad quem al dilucidar exclusivamente el asunto en litigio bajo la égida del artículo 488 del C.S.T., porque la verdad es que debió ventilarse a la luz de las disposiciones propias de los trabajadores oficiales, díslate que, no obstante, no tiene la entidad suficiente para quebrar la sentencia, en ese puntual aspecto, porque de todas maneras se arribaría a la misma conclusión del Tribunal, esto es, a la prescripción trienal de los derechos laborales en discusión.

Ahora bien, la precisión normativa precedente impone aclarar que también es acertado elucidar el asunto en los términos del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque tal y como lo explica la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ y la del Consejo de Estado⁵, cuando esa disposición se refiere a la prescripción trienal de los derechos que emanen de las “leyes sociales”, debe entenderse que cobija también a los servidores públicos, pese a que su régimen laboral esté previsto en sus propios estatutos, porque esas leyes, - las sociales-, abarcan el tema laboral, sin importar el status de trabajador oficial o de empleado público.

En efecto, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C- 745 del 6 de octubre de 1999, en referencia al artículo 4º del C.S.T. de cuyo contenido emana que las disposiciones contenidas en esa codificación no se aplican a los servidores públicos, concretamente en lo que al fenómeno de la prescripción corresponde, lo siguiente:

«(...) Sin embargo, ese razonamiento no es de recibo, como quiera que el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral expresamente señala el término de prescripción para ‘las acciones que emanen de las leyes sociales’. Así pues, las leyes sociales no sólo son aquellas que rigen relaciones entre particulares, sino que son las normas que regulan el tema laboral, por lo que es una denominación referida a la relación de subordinación entre patrono y trabajador y no a su status.

“En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues ‘la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales».

Así pues que los derechos laborales de la demandante, dada su condición de trabajadora oficial del ISS, podrían verse afectados por el fenómeno de la prescripción trienal.

Sin embargo, tal afectación no se configuró porque conforme a la normativa antes trascrita, el término prescriptivo comienza a contabilizarse a “partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible”, esto es, desde el 31 de enero de 2000, data en la que concluyó el contrato de trabajo judicialmente declarado en las instancias, lo que en principio, permitiría inferir que el plazo para activar el aparato judicial venció el mismo día y mes de 2003. No obstante, ello no fue así, porque el término se interrumpió “por un lapso igual”, desde el 28 de enero de 2003, quedando facultada legalmente la demandante para impetrar la acción judicial dentro de los tres años siguientes, es decir hasta el 28 de

enero de 2006”.

La Corte Suprema de Justicia mediante concepto Sala de Casación Laboral, Magistrada Ponente: Ely del pilar cuello calderón. Radicación No. 35640. 21 de febrero de dos mil doce 2012; contempla respecto a la prescripción de las cesantías.

“...Ahora, frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, se debe advertir que no está llamada a prosperar, por cuanto la exigibilidad de esa obligación se materializa a la finalización del vínculo laboral del trabajador, tal como lo definió la Corte en la sentencia del 24 de agosto de 2010, radicación 34393. En tal virtud, si la prescripción empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo, que para este caso se produjo el 5 de octubre de 1997, y la demanda con la que se inició el proceso se presentó el 27 de mayo de 1998, no transcurrió el término prescriptivo exigido para que se extinga el reseñado crédito laboral.

En cuanto a la diferencia por concepto de los intereses al auxilio de las cesantías, por el período comprendido entre el 1º de mayo de 1986 y 30 de septiembre de 1991, debe señalarse que la exigibilidad de los mismos corresponde al 31 de enero de cada año, en cuanto es en esa fecha en que debe realizarse el pago directamente al trabajador. Así las cosas, se declarará probada la excepción de prescripción por dicho concepto”

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia transcrita el auxilio de cesantías, se constituye como 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 cesantías al cual se encuentre afiliado.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación de jurisprudencia, precisó acerca de la importancia del pago oportuno y completo de todas las obligaciones salariales dejadas de cancelar al trabajador. Al respecto dijo lo siguiente:

"a. El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.

"b. La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

" (...).

"h. Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares.”⁶.

La misma Corporación ha señalado la indexación, como un medio para resarcir el daño ocasionado por la pérdida adquisitiva de las obligaciones laborales no canceladas a tiempo, frente a la cual ha expresado que *“tal actuación, desarrolla claros principios constitucionales, en especial al que surge del artículo 53 de la C.P., a cuyo tenor la remuneración laboral debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo que se logra normalmente mediante la indización de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado.”⁷*

De esta forma, esta Dirección considera que la entidad debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan al finalizar la relación laboral con los servidores, dándose un plazo moderado para tal fin, de tal forma que no se ocasione un perjuicio o ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y sus familias, teniendo en cuenta su nueva situación de desempleados.

Así las cosas, el término de prescripción de las acciones laborales, para reclamar las cesantías definitivas comienza desde el momento en que se finaliza la relación laboral de los servidores y por un término de tres (3) años más.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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".
3. *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "b" Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-90333-01(0393-06) actor: Helvert Vega Hernández Demandado: Municipio de la Palma.*
4. Corte Constitucional, Sentencia C-745 del 6 de octubre de 1999, Referencia: Expediente D-2391, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º (parcial) de la Ley 165 de 1941. Actor: David López Suárez. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
5. Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.
6. Sentencia SU-995 del 9 de diciembre de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz
7. C- 448 de 1996

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:29