



Concepto Sala de Consulta C.E. 1448 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CESANTÍAS - Regímenes: ventajas y desventajas. Pago de intereses a las cesantías de los servidores públicos afiliados a fondos privados / INTERESES A LAS CESANTÍAS - Entidad territorial está obligada a pagarlos a los servidores públicos afiliados a fondos privado / FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS - Pago de intereses a servidores públicos de entidad territorial

El régimen retroactivo de cesantías presenta como principal estímulo la posibilidad de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios con base en el último sueldo devengado por el servidor público. El régimen de la ley 50 de 1990, frente al anterior, tiene la desventaja de la liquidación anual, pero presenta el privilegio del pago de intereses que aquél no contempla. Por su parte, el régimen del Fondo Nacional de Ahorro, que hace liquidación anual de cesantías, refleja las prerrogativas de un pago de intereses, protección de dicho auxilio contra la depreciación monetaria, contribución a la solución del problema de vivienda y educación de los afiliados. De tal manera que resultaría poco atractivo, al tiempo que injusto y desequilibrado, un sistema que coja lo desfavorable de los otros y no ofreciera ninguna condición benévola para el trabajador, como sería aquél en el que las cesantías se liquidaran anualmente, sin lugar a interés alguno, contrariando el mandato expreso del legislador que ordena el pago de los intereses referidos. La correcta lectura del artículo 1° del decreto 1582 de 1998, que armoniza con el artículo 53 constitucional, es la de que al hacerse remisión al régimen contenido en la ley 50 de 1990, queda comprendido el auxilio de cesantía y los intereses a cargo del empleador, ambos conceptos contenidos en el artículo 99 de la ley en cita, aplicable por expresa remisión. De igual manera cabe indicar que el reconocimiento de intereses sobre las cesantías procede desde el momento en que se afilie al servidor público al sistema de la ley 50 de 1990. Ahora, dado que el decreto 1582 de 1998 produce efectos a partir de su publicación - 10 de agosto de 1998 - la situación particular de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, fecha definida en el artículo 13 de la ley 344 del año en mención para la unificación del régimen anualizado de liquidación de cesantías y que se afilien a los fondos privados de cesantías, está mediada por estos elementos y, por tanto, durante el lapso comprendido entre las fechas mencionadas no hay lugar al reconocimiento de intereses a cesantías, toda vez que el régimen de la ley 50 de 1990 sólo tiene aplicación a partir de la vigencia del decreto 1582.

NOTA DE RELATORÍA: a) Autorizada la publicación con oficio 2813 del 4 de octubre de 2002. b) Con salvamento parcial de voto de la consejera Susana Montes de Echeverri.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil dos (2002).

Radicación número: 1448

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR

Referencia: CESANTIAS. Pago de intereses a las cesantías de los servidores públicos afiliados a fondos privados.

El señor Ministro del Interior, a solicitud del señor Gobernador (e) del Departamento del Meta, formula a la Sala la siguiente consulta:

“¿La Administración Departamental del Meta esta obligada a pagar intereses legales en un monto del doce por ciento (12%) del valor de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre de cada año a los servidores públicos que se vincularon a la administración con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 y que han sido afiliados a los fondos privados de cesantías?

Al efecto, luego de transcribir los artículos 13 de la ley 344 de 1996, 1° del decreto 1582 de 1998, 5°, 6°, 11 y 12 de la ley 432 de 1998 y algunos apartes de las sentencias C-428 de 1997 y C-625 de 1998 de la Corte Constitucional, cita conceptos sobre el tema emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, a los cuales se hará alusión posteriormente.

La Sala considera

El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social.¹

Interesa saber para efectos de la Consulta cuál es el régimen de cesantías aplicable a los servidores públicos vinculados a la administración departamental. Para ello se hace necesario estudiar y analizar el desarrollo normativo que ha tenido esta prestación en nuestro sistema jurídico.

El literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, 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.”² A su vez el artículo 1° 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.”

La ley 65 de 1946 a su vez 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 - art. 1° - reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación, y en el 2° estableció:

“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, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, 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.

Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

En la misma forma se procederá cuando se trate de computar el valor de las horas suplementarias o extras trabajadas y de las comisiones o porcentajes eventuales, cuando no ha habido variaciones del salario fijo en los últimos tres meses. En tales casos, se dividirá lo percibido por el trabajador por concepto del valor de tales horas, o de los porcentajes y comisiones, por doce, y el resultado se sumará al último sueldo fijo, para formar así el promedio que servirá de base a la liquidación. (...)

ARTÍCULO 13 Las disposiciones del presente decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, sólo le serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable.”

Del anterior desarrollo normativo se pueden extraer, entre otras, las siguientes consecuencias:

Las leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Tales normas contemplaron el derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por las fracciones de año. Para efectos de su liquidación se dispuso tener en cuenta el último salario fijo devengado - a menos que hubiere tenido variación 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 éste fuere menor de doce 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. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses.

Así, el régimen de cesantías tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios³. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre.

Ahora bien, mediante el decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional de Ahorro, como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, con los objetivos 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 conceptos 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 (arts. 1° y 2°).

Las entidades vinculadas al Fondo - art. 3° - debían liquidar y entregarle las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, excepto las de los miembros de las cámaras legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el personal civil del ramo de la defensa nacional (art. 4° ibídem).

En cuanto a la liquidación y pago de esta prestación el capítulo IV del decreto 3118 de 1968 dispuso:

“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.”

El artículo 3° de la ley 41 de 1975 modificó el artículo 33 del decreto 3118 de 1968, así:

“El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del 12 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 cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del decreto 3118 de 1968.”

Por su parte, el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, precisó los factores de salario para la liquidación de las cesantías.

Y la ley 48 de 1981 estableció:

“ARTÍCULO 1º. A partir de la vigencia de esta ley, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y demás entidades vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro deberán incluir anualmente en sus presupuestos o apropiaciones para gastos, según el caso, debidamente discriminada por programas y proyectos, la partida para el pago de las cesantías causadas a favor de sus empleados o trabajadores.

ARTÍCULO 2º. Para la determinación de la partida a que se refiere el artículo anterior, deberán tenerse en cuenta todos los conceptos que, conforme a las disposiciones vigentes en el momento de la elaboración del presupuesto o aprobación para gastos, según el caso, constituyan factor básico para la liquidación de la cesantía

ARTÍCULO 3º. Las entidades vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro, conjuntamente con las nóminas correspondientes a pago de salarios del personal a su cargo, al final de cada mes, girarán, incluido en dicha nómina, el valor de la doceava parte de la partida de que trata esta ley”

Como se advierte, con la expedición del decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público - particularmente en la rama ejecutiva nacional - el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, “...el cual beneficia al empleador en la medida en que rebaja el monto de la carga prestacional, pero a cambio, el trabajador por su parte puede verse favorecido con aumentos salariales mayores.”⁴ El nuevo régimen contempló, para proteger el auxilio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados. Cabe resaltar que en este régimen corresponde al Fondo pagar los intereses señalados en la ley mediante la administración de las sumas que por doceavas partes depositan en él las entidades mencionadas, equivalentes a las cesantías anuales. Este sistema refleja de mejor manera la realidad laboral, en el sentido que la prestación se liquida con base en lo que real y efectivamente ha devengado el trabajador en toda su vida laboral.

No obstante lo anterior, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y los artículos 1º de decreto 2767/45, 1º de la ley 65/46 y 1º, 2º, 5º y 6º del decreto 1160/47, normatividad que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.⁵

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. Las características del reciente régimen se concretaron en el artículo 99, así:

“El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1- 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
Concepto Sala de Consulta C.E. 1448 de
2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil

la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. 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.

3. 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.⁶

4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.”⁷

La anterior 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.⁸

El artículo 13 de la ley 344 de 1996⁹ que continuó el proceso de desmonte de la retroactividad de las cesantías, hizo extensiva la liquidación anual de éstas a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado [ramas legislativa, ejecutiva¹⁰ (cualquiera sea su nivel - nacional, departamental, municipal o distrital - o sector - central o descentralizado -), judicial, organismos de control, organización electoral y organismos autónomos], así:

“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.¹¹

La obligación de reconocer intereses a las cesantías, como se verá más adelante, no se encuentra en esta norma que no se refiere a ella, sino en la legislación anterior sobre la materia, con fundamento en lo dispuesto en el literal b) transcrito y las normas concordantes que oportunamente se analizarán.

A través de la ley 432 de 1998¹², se reorganizó el Fondo Nacional de Ahorro, mudando su naturaleza jurídica a la de empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional - establecimiento de crédito de naturaleza especial - vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, cuyo objeto es administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida (arts. 1° y 2°).

En cuanto a sus afiliados el artículo 5° dispuso:

“A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios¹³.

Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro sólo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo: En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.”¹⁴

Por su parte, el artículo 6° ibídem regula lo relativo a la transferencia de cesantías de la siguiente manera:

“En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados.

En incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora.¹⁵

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior. (...)

En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.”

Esta disposición explica que sea el Fondo Nacional de Ahorro el encargado de liquidar, reconocer y pagar los intereses a las cesantías de sus afiliados, toda vez que las entidades públicas empleadoras transfieren por doceavas partes los factores de salario que sirven de base para liquidar las cesantías, sistema diferente al que aplica la ley 50 de 1990, en el entendido de que en éste, por mandato de su artículo 99.3, el valor liquidado por concepto de cesantías se consigna antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que elija, y, es el empleador el obligado a cancelar los intereses legales.

En el régimen del Fondo, los artículos 11, 12 y 13 ibídem contemplan, respectivamente, una protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, el reconocimiento de intereses sobre las cesantías y su ámbito de responsabilidad, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 11. A partir del 31 de diciembre de 1997 y anualmente cada 31 de diciembre, el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta individual de cesantías de cada afiliado, como mínimo un interés equivalente a la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, sobre su saldo acumulado de cesantías a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, y proporcional por la fracción de año que corresponda al momento de retiro, sobre el monto parcial o definitivo de la cesantía pagada.

ARTÍCULO 12. Intereses sobre cesantías. A partir del 1o. de enero de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, un interés equivalente al sesenta por ciento (60%) de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondientes al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente.

Para efectos de la presente ley, la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, será la última certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, para los meses de noviembre-noviembre, para empleados medios.

afiliados, se limitará al monto de los aportes de cesantías efectivamente consignados, los intereses sobre las cesantías y el porcentaje de que trata el artículo 11.

Igualmente responderá por los ahorros voluntarios a que se refiere el literal h) del artículo 4° de la presente ley, en conformidad con la reglamentación que se expida para el efecto.”

Al declarar la exequibilidad de los artículos 11 y 12 citados la Corte Constitucional, en la sentencia C-625 de 1998, sostuvo:

“En relación con estos artículos, las diferencias que señala el demandante, respecto del monto de los intereses que se reconocen a las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro y los que reconocen las administradoras de fondos de cesantías privados, sólo cabe repetir, que las diferencias están justificadas en la medida en que se relacionan con los objetivos del Fondo.

Además, al Fondo, las entidades estatales empleadoras, le deben consignar mensualmente, las doceavas partes que corresponden a las cesantías de sus trabajadores, lo que no ocurre con los fondos privados.

En consecuencia, el pago de los intereses está a cargo del Fondo y no de los empleadores.

Es decir, las normas demandadas resultan exequibles, pues consagran las diferencias anotadas, y establecen el equilibrio.”

La ley 432 de 1998 fue reglamentada por el decreto 1453 de 1998, que en su artículo 19, relativo a los afiliados obligatorios, señaló:

“Salvo las excepciones dispuestas en el inciso segundo del artículo 5° de la ley 432 de 1998¹⁶, son afiliados obligatorios al Fondo Nacional de Ahorro:

- 1.- Los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, en calidad de obligatorios en virtud del decreto ley 3118 de 1968¹⁷.
- 2.- Los servidores públicos de las empresas sociales del Estado, del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta, cuyo capital esté compuesto en más del 90 por ciento por recursos del Estado, cuya afiliación era voluntaria en el decreto ley 3118 de 1968.
- 3.- Los servidores públicos que se vinculen a la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a partir del 2 de febrero de 1998, fecha de entrada en vigencia de la ley 432 de 1998.

PARÁGRAFO. Las entidades que a la entrada en vigencia de la ley 432 de 1998 estaban eximidas de la obligatoriedad de afiliar a sus servidores públicos al Fondo Nacional de Ahorro, de acuerdo con el literal j) del artículo 7° del decreto ley 3118 de 1968, podrán conservar dicha exención, con sujeción a lo dispuesto en dicha norma.

No obstante, en cumplimiento de la ley 432 de 1998, los servidores públicos que se hayan vinculado a partir del 2 de febrero de 1998 a dichas entidades eximidas, deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro”.

Finalmente, el decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la ley 4ª de 1992 y también para reglamentar los artículos 13 de la ley 344 de 1996 y 5° de la ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de _____
Concepto Sala de Consulta C.E. 1448 de **8** **EVA - Gestor Normativo**
2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil

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.”¹⁸

El sentido y alcance de esta disposición es el que genera la inquietud que se plantea en la Consulta pues, mientras el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social considera que no es viable liquidar, reconocer y pagar intereses a las cesantías a los servidores públicos territoriales vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, por cuanto a su juicio las disposiciones pertinentes no contemplan dicho pago - concepto 006769 del 24 de febrero de 1999 de la Oficina Jurídica -, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Gobernación del Meta conceptúan que él es procedente.

El Ministerio en concepto del 21 de julio de 1999 de la oficina en mención, sostuvo¹⁹:

“2.- Funcionarios vinculados con posterioridad a la vigencia de la ley 344 (31 de diciembre de 1996), tampoco en este evento, habría lugar al reconocimiento de intereses por parte de la entidad empleadora, en razón de que el decreto reglamentario (artículo 1°) en total consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 344, no hizo referencia alguna al pago de intereses de cesantías, por parte del empleador, no obstante hacer remisión a lo establecido entre otros - al artículo 99, de la ley 50 de 1990. Sin embargo (sic) este decreto se refiere solamente al régimen de liquidación y pago, sobre intereses nada señaló y es que legalmente, no podía hacerlo, porque si hubiese sido, este decreto hubiera excedido la facultad reglamentaria, en razón de que el artículo 13 de la ley 344 de 1996 no consagró intereses de cesantías a cargo de las entidades empleadoras.

Es de señalar que con la expedición de esta ley lo que operó fue un cambio en el régimen legal de liquidación de cesantía de los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996.”

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública precisa:

Concepto 12789 del 28 de junio de 2000:

“Esta Oficina considera que cuando el Decreto 1582 de 1998 remite el régimen de liquidación de cesantías de los empleados del orden territorial con cesantías congeladas, al artículo 99 de la ley 50 de 1990, el cual establece en su numeral 2 una prestación a cargo del empleador, correspondiente a un interés del 12% anual o proporcional por fracción sobre la cesantía causada pagadero directamente al empleado, se está creando para dichos funcionarios una prestación adicional, lo que motiva que la Administración cree en su presupuesto de gastos el rubro correspondiente. Es de anotar que esta prestación se reconocería a partir de la anualidad correspondiente al año 1998 y pagaría en 1999.

A partir de la vigencia del Decreto 1582 de 1998, los funcionarios con régimen congelado de cesantías deberán afiliarse a Fondos Privados de Cesantías o en su defecto al Fondo Nacional de Ahorro. El régimen de liquidación (sic) cesantías aplicable a dichos funcionarios será el establecido en la ley para el Fondo correspondiente. De esta manera, en concepto de esta Oficina, dichos funcionarios tendrán derecho a que el fondo al que se afilien, les reconozca el pago de intereses sobre las cesantías a partir de la anualidad correspondiente al año de 1998.

El reconocimiento de intereses sobre las cesantías correspondiente a la anualidad de 1997 no procede, en razón a que para esta fecha, este derecho económico laboral no había (sic) contemplado expresamente en norma alguna.

Otro motivo para sostener la anterior afirmación es el principio general de que las leyes han de tener efecto de aplicación hacia el futuro, a menos que el legislador expresamente disponga lo contrario, situación que en el caso que nos ocupa no se presentó. El solo hecho de que la norma mencione la fecha de vinculación de los funcionarios a quienes se les aplica, no quiere decir que se reconozcan intereses con anterioridad a la vigencia de la misma, con ello solo se pretende señalar sus destinatarios.”

Concepto del 4 de abril de 2001, citado en el de la Gobernación del Meta atrás mencionado:

“...para el ‘régimen retroactivo’ de cesantías de los servidores públicos territoriales no existe disposición que permita el pago de intereses sobre las cesantías, ya que la ley permite liquidar todo el tiempo servido con el último sueldo recibido, en cambio en el ‘régimen congelado’ la liquidación de las cesantías se hace de forma definitiva y por anualidades. Para compensar la desventaja de este régimen frente al retroactivo la ley ha dispuesto que se reconozcan intereses sobre las cesantías de los servidores públicos territoriales, en las condiciones previstas en el decreto 1582 de 1998.”.

Los anteriores criterios del Departamento de la Función Pública son reiterados en conceptos del 1° de junio de 2001 y del 28 de agosto el mismo año, citados en el concepto aludido

A su vez, la oficina jurídica de la Gobernación el Meta en concepto del 15 de febrero de 2002, consideró:

“...que como los afiliados al FNA tiene (sic) derecho a que se les reconozca intereses a las cesantías del año inmediatamente anterior porque así lo dispone la ley 432 de 1998, los afiliados a los fondos privados de cesantías igualmente tiene (sic) derecho a estos intereses a las cesantías con fundamento al Decreto 1582 de 1998, artículo 1°. De lo contrario se presentaría una violación al derecho fundamental de la igualdad entre los afiliados al FNA y los afiliados a los fondos privados. (...)

De conformidad con el artículo 53 de la Carta Política, establece que se debe ceder a la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Por su parte, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad (...) haciendo uso de la norma constitucional y legal transcritas, se hace necesario definir que se debe aplicar la norma más favorable al empleado y conceptuar que si hay derecho al pago de intereses a las cesantías de los empleados sin régimen de retroactividad (...)

Frente a tal disparidad de criterios la Sala precisa:

Del recuento normativo se concluye que en la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber y una situación generada por el tránsito legislativo, a la que se hará alusión posteriormente:

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 modifican 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 de Ahorro: desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

La discusión se genera en relación con el segundo sistema, pues, existen posiciones encontradas, según se vio, entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Gobernación del Meta, en cuanto a la viabilidad del pago de intereses a las cesantías para los servidores públicos vinculados a la administración departamental con posterioridad al 31 de diciembre de

1996.

A juicio de la Sala, cuando el artículo 1° del decreto 1582 de 1998 establece 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”, tal remisión comprende no solamente el auxilio de cesantía sino también los intereses, los cuales hacen parte de la integralidad del régimen, conceptos estos que no pueden considerarse inconexos o independientes pues, en verdad, hacen parte de un todo establecido como mandato vinculante en el artículo 99.

Así, como cada régimen tiene sus propias características pero cumple la misma finalidad, en el caso del previsto en la ley 50 de 1990, el legislador mediante la remisión al artículo 99 contempló tanto la cesantía como sus intereses. No otro entendimiento puede surgir del numeral 2° ibídem que dispone: “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.”

Esta conclusión resulta elemental pues de lo contrario se estaría dando un trato desigual, sin ninguna justificación y con flagrante violación del artículo 13 constitucional, a los servidores públicos territoriales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se acogieron voluntariamente al sistema de la ley 50 de 1990, no solamente frente a los del ámbito nacional, sino también en relación con los del mismo orden, amparados por el régimen de cesantías retroactivo o afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, en cuanto se les privaría de un derecho consagrado en la ley.

En resumen, el régimen retroactivo de cesantías presenta como principal estímulo la posibilidad de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios con base en el último sueldo devengado por el servidor público. El régimen de la ley 50 de 1990, frente al anterior, tiene la desventaja de la liquidación anual, pero presenta el privilegio del pago de intereses que aquél no contempla. Por su parte, el régimen del Fondo Nacional de Ahorro, que hace liquidación anual de cesantías, refleja las prerrogativas de un pago de intereses, protección de dicho auxilio contra la depreciación monetaria, contribución a la solución del problema de vivienda y educación de los afiliados. De tal manera que resultaría poco atractivo, al tiempo que injusto y desequilibrado, un sistema que coja lo desfavorable de los otros y no ofreciera ninguna condición benévola para el trabajador, como sería aquél en el que las cesantías se liquidaran anualmente, sin lugar a interés alguno, contrariando el mandato expreso del legislador que ordena el pago de los intereses referidos.

La correcta lectura del artículo 1° del decreto 1582 de 1998, que armoniza con el artículo 53 constitucional, es la de que al hacerse remisión al régimen contenido en la ley 50 de 1990, queda comprendido el auxilio de cesantía y los intereses a cargo del empleador, ambos conceptos contenidos en el artículo 99 de la ley en cita, aplicable por expresa remisión. De igual manera cabe indicar que el reconocimiento de intereses sobre las cesantías procede desde el momento en que se afilie al servidor público al sistema de la ley 50 de 1990.

Ahora, dado que el decreto 1582 de 1998 produce efectos a partir de su publicación - 10 de agosto de 1998 - la situación particular de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, fecha definida en el artículo 13 de la ley 344 del año en mención para la unificación del régimen anualizado de liquidación de cesantías y que se afilien a los fondos privados de cesantías, está mediada por estos elementos y, por tanto, durante el lapso comprendido entre las fechas mencionadas no hay lugar al reconocimiento de intereses a cesantías, toda vez que el régimen de la ley 50 de 1990 sólo tiene aplicación a partir de la vigencia del decreto 1582.

Finalmente y en relación con el posible exceso en el uso de la potestad reglamentaria en el decreto 1582 a que alude el concepto del 21 de julio de 1999 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, es pertinente anotar, de un lado, que tal decreto no sólo reglamentó el artículo 13 de la ley 344 de 1996, sino también el artículo 5° de la ley 432 de 1998 y, de otro, que tal decreto fue dictado con base en las facultades previstas en el artículo 12 de la ley 4ª de 1992, que faculta al gobierno nacional para fijar el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales. De esta manera, al dictarse el decreto 1582 en virtud de las facultades de la ley 4ª de 1992, tácitamente se está aceptando que el legislador no había establecido el beneficio de los intereses a favor de los servidores públicos de las entidades territoriales, lo que movió al gobierno nacional a dar desarrollo al artículo 12 de la ley marco y al efecto expidió el decreto en mención.

La Sala responde

A partir de la vigencia del decreto 1582 de 1998 el Departamento del Meta está obligado a pagar los intereses legales consagrados en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, a los servidores públicos que, vinculados desde el 31 de diciembre de 1996, se afiliaron a los fondos privados de cesantías.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR
Presidente de la Sala

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1. Sobre el significado y función de las cesantías la Corte Constitucional en sentencia T 314 de 1998, reiteró lo expuesto en sentencia T-661 de 1997, así: “El auxilio de cesantía que se establece en la legislación laboral colombiana, se articula como una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, y originariamente se consagró como eventual remedio frente a la pérdida del empleo. Los requisitos, modalidades y oportunidad para cumplir con esta prestación, son asuntos que la misma ley se encarga de desarrollar. //Se trata sin duda, de una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda. //Ahora bien: la clara relación que existe entre la estructura formal y la función social que cumplen las cesantías no aminora su naturaleza obligatoria. Tratamos, pues, con verdaderas obligaciones de derecho que tienen una vocación solidaria que fortalece el vínculo jurídico existente entre dos partes y que refuerza su necesidad de cumplimiento’//Se trata de un verdadero derecho económico que no puede ser desconocido por el empleador o por la autoridad estatal, sin vulnerar derechos fundamentales, pues constituye el ahorro hecho por el trabajador durante el lapso laborado, y se incrementa con el transcurso del tiempo (...) El conjunto de obligaciones que se originan en la relación de trabajo -y fundamentalmente las prestaciones sociales-, han de ser proporcionadas al tiempo de servicio prestado, oportunamente canceladas, y reconocidas de la misma forma a todas las personas que cumplan con los requisitos consagrados en la ley, sin que haya lugar a discriminación o tratamiento diferenciado” En sentencia 110 del 19 de septiembre de 1991, proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se hace un recuento sobre las distintas tesis acerca de su verdadera naturaleza jurídica las cuales la han concebido como: indemnización, especie de premio o estímulo, liberalidad del patrono, subsidio para el desocupado, un salario diferido. Para la Corte Suprema “Síguese de lo anterior que aceptando, como debe hacerse, que la prestación social denominada ‘auxilio de cesantía’ constituye un ahorro privado en cuanto no es otra cosa diferente a un ‘salario diferido’, vale decir, un ingreso del trabajador no consumido inmediatamente por éste...” (Gaceta Judicial Constitucional, tomo 8, 1991, p. 407 y s.s.)

2. Según se expresa en sentencia 110 acabada de citar, “con la ley 10 de 1934 no sólo se dio por primera vez cabida expresamente en nuestro derecho positivo a la figura jurídica del contrato de trabajo, sino que igualmente se creó el ‘auxilio de cesantía’. Tanto el contrato de trabajo como el anotado auxilio fueron establecidos en aquella oportunidad solamente para los empleados particulares.”

3. En la actualidad algunas personas continúan cobijadas por este régimen.

4. Sentencia del 10 de junio de 1999, expediente 13874, Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado.

5. El desmantelamiento de la retroactividad para la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías se produce con la ley 33 de 1985, cuyo artículo 7° dispuso que quienes se vincularan a partir del 1° de enero de 1985 a esas entidades, se registrarían en lo relacionado con la liquidación y pago de sus cesantías por las normas del decreto 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten.

6. La ley 244/95 fijó términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos y estableció sanciones por mora.

7. Esta disposición según se expresa en sentencias C-798/00 y C-159/97 de la Corte Constitucional fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, en la época en que tenía a su cargo el control constitucional, como consta en las sentencias Nos. 107 y 110 del 12 y 19 de septiembre de 1991, en las que fue analizada su conformidad con el ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución actual declarándose exequible. Entre otras cuestiones, en la sentencia 110 se precisó: "Tampoco se vulnera el derecho al trabajo, ni puede decirse que se le despreteja, por la circunstancia de que se regule de diferente manera una prestación social que fue creada por la ley; no pudiéndose afirmar seriamente que el adoptar un sistema de liquidación anual de la cesantía constituya por fuerza una desmejora frente al que aún se conserva para aquellos trabajadores cuyo contrato fue celebrado con anterioridad al primero de enero de este año. (...) La circunstancia de que se consagre la posibilidad de que los trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes de la vigencia de la ley puedan acogerse al 'régimen especial', lo único que hace es reconocer la libertad y autonomía de estos trabajadores para, si el nuevo sistema llegara a parecerles más favorable a sus intereses, se acojan a él desde la fecha en que así se lo comuniquen por escrito al empleador."

De otra parte, precisa señalar que el artículo 104 de la ley en cita, declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia 110 atrás citada, dispuso: "De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

La sociedad administradora del fondo de cesantía podrá representar al trabajador en las acciones que se adelanten con motivo de incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.

En los eventos en que el empleador esté autorizado para retener o abonar a préstamos o pignoraciones el pago del auxilio de cesantías, podrá solicitar a la sociedad administradora la retención correspondiente y la realización del procedimiento que señalen las disposiciones laborales sobre el particular.

Los préstamos de vivienda que el empleador otorgue al trabajador podrán ser garantizados con la pignoración del saldo que este último tuviera en el respectivo fondo de cesantía, sin que el valor de la garantía exceda al del préstamo."

8. Los artículos 4° y 6° del decreto reglamentario 1176 de 1991 - por el cual se reglamentó el parágrafo del art. 98 y el art. 99 de la ley 50/90 - que preveían un interés equivalente a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días, (DTF), fueron anuladas mediante sentencia del 11 de octubre de 1994, Sección Segunda, expediente 5908). En esta sentencia se sostuvo: "Como ya se destacó, el numeral 2o. del artículo 99 de la Ley 50 establece que el empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción en los términos de las disposiciones vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, en relación con la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. Dichos términos son los previstos en el inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 52 de 1975.// Para la Corporación es claro que la Ley 50 de 1990 no consagró la obligación al empleador del pago de los intereses a que hace mención el artículo 4 del decreto 1176 de 1991, como sí lo estableció el artículo 101 de esa ley para las sociedades administradoras de fondos de cesantías. De ahí, que se dispondrá la nulidad de este artículo.// El artículo 6 del decreto demandado señala que durante el plazo indicado en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador reconocerá el mismo interés a que alude el artículo 4o. del dicho decreto, sobre el valor liquidado a 31 de diciembre de cada año por concepto de auxilio de cesantía, en forma proporcional al término transcurrido desde el día de su liquidación hasta la fecha de su consignación; y el inciso 2o. dispuso que la sociedad administradora del fondo de cesantía respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por el citado período y que los intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía.// Como ya se vio, el numeral 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ordena que el valor liquidado por concepto de cesantía se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que éste disponga; y que el empleador que incumpla el plazo señalado, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.// La Sala observa sobre el tópico, que la Ley 50 de 1990 no dispuso para el evento previsto en el artículo 6o. demandado, el reconocimiento de intereses distintos del 12% anual, por lo que en este asunto igualmente el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.// Como lo sostuvo la Corporación en auto del 18 de febrero de 1992, no se discute que el propósito del legislador al establecer el nuevo régimen de cesantía fue el de obtener para los trabajadores una mayor rentabilidad de la prestación, pero ello no puede servir de base para que el reglamento establezca obligaciones a cargo de los empleadores, que la ley no creó, ni puede perderse de vista que, por vía general y abstracta, únicamente la Constitución o la ley pueden consagrar obligaciones; que por el mismo motivo no es dable pensar en la existencia de ellas de manera tácita o implícita en dichas normas, para que el reglamento pueda hacerlas expresas, pues ello conducirla a la más absoluta inseguridad jurídica; siendo irrefutable que el reglamento puede llenar los vacíos y detalles que la ley no previó, éstos sólo pueden referirse a los medios para que los mandatos de ella se cumplan, pero en manera alguna puede considerarse que la creación de una obligación no determinada por el legislador, sea un mero vacío o detalle, para que el reglamento pueda crearla (fls. 59 y 60, expediente No. 5983). // La Sala precisa que el inciso 3o. del artículo 101 de la Ley 50 de 1990 alude a la rentabilidad que debe dar el fondo y no el empleador, sobre el valor liquidado por concepto de cesantía que se deberá consignar por éste antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.// Por consiguiente, en tales circunstancias, el empleador tiene solamente la obligación de consignar la cesantía del trabajador al respectivo fondo, de conformidad con el valor establecido en la Ley, y en caso de no hacerlo así, en los términos indicados, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. //Al haberse excedido el Ejecutivo en el

ejercicio de la potestad reglamentaria en el artículo 6o. del decreto 1176 de 1991, deberá anularse, como lo solicita la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo de 25 de agosto de 1992 (fl. 80, expediente No. 5983)."

9. Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

10. Excepto el personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional.

11. El inciso final disponía: "El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo", norma declarada inexecutable mediante sentencia C- 428 de 1997. En lo demás se declaró executable. Allí se precisó: "El régimen de cesantías resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas. Se cambió, pues, por el legislador -que era quien podía hacerlo- el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público, pero no aparece por tales razones violado precepto constitucional alguno, en cuanto no se afectaron los derechos adquiridos de los trabajadores (la norma surte efectos hacia el futuro); no se rompió la unidad de materia exigida por la Carta; no se vulneró el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; no se sustituyó al Gobierno en el ejercicio de una función que fuera propia de él y, por el contrario, se circunscribió el Congreso a establecer reglas propias de su competencia (...)El inciso final de la norma examinada autoriza al Gobierno para establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la ley tenían régimen de cesantías con retroactividad se acojan al nuevo sistema. Esta parte del precepto es abiertamente inconstitucional, toda vez que representa una autorización indeterminada, tanto desde el punto de vista material como desde el temporal, para que el Ejecutivo cumpla una función indudablemente legislativa."

12. Que entró a regir a partir de su promulgación, derogando las disposiciones que le fueran contrarias (artículo 19).

13. Debe entenderse que los establecimientos públicos, como entidades descentralizadas por servicios, cobijados por este inciso, son los del orden seccional o local, toda vez que los del orden nacional se rigen por lo dispuesto en el inciso primero de la norma en cita. De otra parte conviene anotar que el artículo 9° (declarado executable por la Sentencia C-625/98) autorizó la afiliación de trabajadores del sector privado al Fondo Nacional de Ahorro.

14. La Corte Constitucional al declarar la executable de este precepto, en sentencia C - 625 de 1998, sostuvo: "Para el demandante, el inciso primero del artículo 5o., sobre la afiliación obligatoria de servidores públicos, contiene dos maneras de violar el derecho a la igualdad. Por una parte, obliga a un sector de los servidores públicos a estar afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, siendo que desde la expedición de la ley 50 de 1990, hay libertad para escoger la administradora de fondo de cesantía. Y, por la otra, genera una ventaja al Fondo, al contar con un número de afiliados obligatorios, o "clientes cautivos", como los denomina el demandante, situación que no tienen las demás sociedades administradoras.//Al respecto, el interviniente del Fondo Nacional de Ahorro explica que esta situación no es producto de la ley 432, sino que existe desde su creación en 1968. Además, señala, que en la Rama Ejecutiva hay muchos servidores que no están afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, por tener las entidades respectivas, sus propios fondos de vivienda. Por otra parte, sólo son 81.165 los empleados públicos afiliados a las administradoras privadas de cesantías. //El interviniente señala que para el funcionamiento a bajo costo del sistema, que excluye los gastos de intermediación, debe existir la afiliación obligatoria de alguna clase de servidores públicos.//En opinión de la Corte, sobre la obligatoriedad de afiliación al Fondo, en principio, se diría que podría violar el derecho a una clase de trabajadores de elegir en forma voluntaria, en qué fondo quieren que sus empleadores les depositen, cada año, sus cesantías. Y si éstas, obligatoriamente, deben estar en el Fondo, en donde su rentabilidad es menor que la que ofrecen los fondos privados, la desmejora es evidente.//Sin embargo, la Sala considera que este asunto no se puede examinar aisladamente del contexto total de la ley. En efecto, precisamente, uno de los objetivos de la ley 432 consistió en acabar con una injusticia que pesaba sobre las cesantías de los servidores públicos afiliados, en forma obligatoria al Fondo, que era su baja rentabilidad. Por ello, en el artículo 11o. se estableció la protección de las cesantías contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, y los propósitos del Fondo, se ampliaron, en beneficio de sus afiliados. Estos cambios, no fueron producto de la imposición del legislador, sino que obedecieron a un proceso de acuerdo con los representantes de los trabajadores oficiales. En consecuencia, las razones de conveniencia sobre asuntos como la obligatoriedad de la afiliación, el monto de la rentabilidad de las cesantías, en principio, no son objeto de examen de constitucionalidad, pues su competencia corresponde al legislador.//Pero, la limitación del afiliado del Fondo Nacional de Ahorro para elegir la entidad que le administre sus

cesantías, es un aparente sacrificio del individuo frente a la entidad, pues, esta aparente limitación, no sólo sería constitucional acudiendo a los principios mínimos de solidaridad que predica la Carta, en el sentido del deber de procurar el bienestar de aquellos que se encuentran en condiciones de desventaja, sino que para el vinculado al Fondo adquiere claros beneficios económicos. El principal de ellos radica en el derecho que adquiere de acceder a créditos de vivienda o educativos, en condiciones especialmente favorables, en términos económicos. Y, según los estudios técnicos que han realizado los expertos, ello sólo es posible en la medida en que exista un número mínimo de afiliados. //Acudiendo también a los principios de solidaridad y protección, se explica el otro factor de desigualdad, del que habla el demandante, en relación con la clientela cautiva, pues, como se vio, su número no es especialmente significativo, frente al total de afiliados que tienen los fondos privados.// En consecuencia, no existen las desigualdades injustificadas a que se refiere el demandante en su cargo, contra este precepto.”

15. Mediante sentencia C-625/98 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo de la norma.

16. Personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

17. Es decir, los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional (art. 3º, decreto 3118/68).

18. El artículo 2º de este decreto se ocupa de la posibilidad de las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990 de 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; el 3º trata del procedimiento a seguir en caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantías de dicha ley; el 5º regula el retiro parcial de cesantía de los servidores públicos del nivel territorial afiliados a los fondos privados de cesantías.

19. Transcrito por la oficina jurídica de la Gobernación del Meta en concepto de 15 de febrero de 2002.

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, D.C., agosto 22 de 2002.

Con el debido respeto por la decisión de la Sala adoptada dentro de la consulta número 1448, me permito consignar las razones que me llevaron a disentir, parcialmente, de ella.

1. Sea lo primero expresar que estoy plenamente de acuerdo con la conclusión a la cual llegó la Sala en el sentido de que la administración departamental del Meta debe liquidar intereses sobre las cesantías de los servidores públicos que se vincularon a la administración con posterioridad al 31 de diciembre de 1.996.
2. Mi discrepancia con la decisión mayoritaria radica en que, en mi sentir y de acuerdo con la interpretación que hago de las normas aplicables, dicha liquidación debe hacerse no sólo a partir de la fecha de vigencia del decreto 1582 de 1.998 (agosto de 1.998), como lo entendió la Sala, sino desde el inicio de este año de 1.998, cuando se vena el año o fracción de año desde la vinculación del funcionario ocurrida después de diciembre 31 de 1.996.
3. Mi conclusión se funda en el texto mismo del artículo 1º del citado decreto 1582, pues en él se establece claramente que la liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se hubieren vinculado a partir del 31 de diciembre de 1.996 y que se afilien a los fondos privados de cesantías es el que se determina en la ley 50 de 1.990, en especial el artículo 99, precisamente referido a la liquidación y pago de intereses sobre las cesantías que se liquiden y consignen en los fondos privados.

cuales se refiere, puesto que el derecho a la cesantía de los citados trabajadores está consignado en las normas muy anteriores que justamente cita o relaciona la ponencia. Tampoco se trata de que en virtud de dicha norma se esté cambiando un régimen de una prestación existente o forma de su causación y tratamiento, puesto que éste fue determinado por el artículo 13 de la ley 344 de 1.996. Por ello, entiendo que el decreto 1582, por lo menos en este aspecto, solamente reglamenta, para permitir su adecuada comprensión y aplicación, en términos de igualdad con los demás trabajadores y/o servidores que tienen régimen de liquidación anual, el mandato del artículo 13 de la ley 344 de 1.996, cuando determinó que las cesantías de los servidores públicos de todos los órdenes territoriales que se vinculen al servicio a partir de diciembre 31 de 1.996 deben liquidarse en forma anual.

5. La diferencia económica para cada servidor público entre la tesis sostenida por la mayoría de la Sala y la mía, no es muy significativa, puesto que, en últimas, se trata de sólo un período de diferencia: el correspondiente a la liquidación de la cesantía que debió hacerse en enero de 1.998.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 10:43:32