



Función Pública

Concepto 158661 de 2017 Departamento Administrativo de la Función Pública

20176000158661

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20176000158661

Fecha: 10/07/2017 11:38:33 a.m.

Bogotá D. C.

REF. PRESTACIONES SOCIALES -Reconocimiento de cesantías de docentes del orden territorial. RAD. 20179000131492 de fecha 24/05/2017.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita concepto sobre posibles sanciones por el incumplimiento en el reconocimiento y la consignación de cesantías en el orden territorial y la afiliación al sistema general de seguridad social, me permito informar:

Que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación

Es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares 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 y, 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.

Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimientos de elementos salariales o prestacionales pues este Departamento Administrativo no es la entidad empleadora ni nominadora en los casos que se consultan.

Ahora bien, para su conocimiento me permito hacer análisis respecto al tema cesantías en forma general, en espera de que los mismos sean de su recibo para resolver las situaciones ante una entidad del orden territorial, así:

Actualmente existen dos régimen de cesantías a saber, el retroactivo y el anualizado, los cuales tienen características especiales

El retroactivo y el anualizado, los cuales tienen características especiales:

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 del orden territorial vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 .

El segundo, régimen de liquidación de cesantías por anualidad, de forma general aplicable a los empleados del orden nacional, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley 50 de 1990, pero con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se extendió a los públicos del orden territorial y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, lo cual cubre a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996, en el orden territorial, como ya se dijo.

De acuerdo con lo anterior, todos los empleados públicos, tanto del orden nacional y territorial cuentan con un régimen de cesantías diferenciado, para el territorio depende de la fecha en la cual se hayan vinculado a la Administración, de modo que existen los empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por retroactividad y los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por anualidad.

Por su parte la Ley 91 de 1989¹ señala:

ARTÍCULO 3o. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

ARTÍCULO 4o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

(...)

ARTÍCULO 15. <Ver Notas de Vigencia> A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

-

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

-

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (...) (Negrita y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la Fiduciaria La Previsora ha sido la entidad encargada del manejo de los recursos económicos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por su parte la Ley 962 de 2005² establece:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (Subrayado fuera del texto).

En cuanto al trámite a seguir en caso de presentarse recursos, frente a las decisiones adoptadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto 2831 de 2005³, establece:

ARTÍCULO 3o. GESTIÓN A CARGO DE LAS SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.
5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

PARÁGRAFO 1. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Negrita y subrayado fuera del texto).

De igual forma el Consejo de Estado Radicado 820 de 1996 Sala de consulta y servicio civil 22/05/1996 Consejero Ponente: Doctor Javier Henao Hidrón., respecto al tema del régimen aplicable a los docentes municipales estableció.

“...5. ¿Cuál es el régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales de los docentes municipales?...”

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

IV. Régimen prestacional

Mientras el régimen salarial de los docentes municipales se encuentra descentralizado por la Constitución, el régimen prestacional, por el contrario, está centralizado. Y no solamente en relación con ellos, sino, en general, con los empleados públicos de todos los niveles.

Ya la Constitución de 1886 prescribía, entre las funciones del Congreso, la de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos (arts. 62 y 76, atribución 9ª). La Carta Política de 1991 es más categórica aún, al disponer que corresponde al Congreso, por medio de leyes "fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública", así como "regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales", y al hacer esta perentoria advertencia: "Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogarseles" (art. 150, numeral

19, letras e y f)....

...Para los educadores es necesario tener en consideración, además, el proceso de nacionalización de la enseñanza oficial, primaria y secundaria, dispuesto por la Ley 43 de 1975 y que se cumplió entre los años de 1976 a 1980. Así como la Ley 91 de 1989, que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y regula el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a los servidores docentes....

Como consecuencia de las competencias que asumen los departamentos y distritos respecto de los servicios educativos mencionados y sus implicaciones sobre la administración de personal, la Ley 60 de 1993, en su artículo 6º, trae dos importantes previsiones en materia prestacional. Por una parte, dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989. "Y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones". Y por la otra, respecto del personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, ordena su incorporación al Fondo Nacional del Magisterio, con la advertencia de que "se le respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial". (Adicionalmente, la Sala remite a la consulta 760 / 95, que versa sobre el régimen salarial y prestacional aplicable al personal administrativo nacional y nacionalizado que se incorpore a la planta de personal de las entidades territoriales)....

En cuanto al régimen jurídico que alude al conjunto de prestaciones sociales, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, citado por el consultante, ha sido sustituido por el artículo 5º del Decreto - ley 1045 de 1978 que, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, prescribe las reglas generales. Por tanto, deberán reconocerse y pagarse las siguientes prestaciones: asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio por enfermedad; indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; auxilio de maternidad; auxilio de cesantía; pensión vitalicia de jubilación; pensión de invalidez; pensión de retiro por vejez; auxilio funerario y seguro por muerte. El mismo decreto hace una importante salvedad: las prestaciones que con denominación o cuantía distintas a las establecidas en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos....

VI. Respuestas

De conformidad con lo expuesto, la Sala responde:

1. Los docentes municipales son servidores públicos, con régimen especial de empleados públicos, pertenecientes al orden municipal....

5. El régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales para los docentes estatales, que incluye no solamente al personal nacional y nacionalizado sino también al personal territorial, es el establecido en la Ley 91 de 1989. El personal que figure vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, mantiene el régimen prestacional de que ha venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes; y el personal legalmente vinculado a partir del 1º de enero de 1990, se regirá por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, contenidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993...."

-

De conformidad con lo anteriormente señalado, existe una diferencia fundamental entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la ley 91 de 1989 y los vinculados posteriormente.

Es así como los primeros conservan el régimen de liquidación retroactiva, mientras que los segundos se rigen por las disposiciones del orden nacional; es decir que tendrán sus cesantías en el régimen de liquidación anualizada.

La misma posición la expuso el Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda subsección "A" Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011) Consejero ponente: Luis Rafael Vergara. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00269-01(1446-06), así:

“....Aclaró que los docentes que fueron nacionalizados y que permanecieron vinculados a 31 de diciembre de 1989, como el actor, mantendrían el régimen prestacional previsto en normas vigentes de la entidad territorial, entre las que se cuentan las cesantías retroactivas.

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” establece en su artículo 1° lo siguiente:

...Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”

Así las cosas, en virtud del proceso de nacionalización de la educación en Colombia, y a voces del artículo 1° de la Ley 91 de 1989, el docente Nero Cárdenas García, pasó a ser un docente “nacionalizado”, al cual se le atenderían sus prestaciones sociales a través del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

En efecto, el artículo 4° de la Ley 91 de 1989 dispuso:

“ARTÍCULO 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. (Subraya fuera del texto original)...

Nótese que la norma siempre se refirió a que la afiliación dependía única y exclusivamente de que los docentes se encontraran “vinculados”, calificativo cuyo significado está estrechamente relacionado con el verbo “vincular” que según la Real Academia de la Lengua traduce, en derecho, Sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador. Y según la publicación de Gerard Cornu “Vocabulario Jurídico” de 1995, “vincular” es “Hacer nacer una relación de derecho”.

En esas condiciones, y si se tiene en cuenta que una de las formas de vincularse a la administración pública es la legal y reglamentaria que está precedida de un nombramiento y una posesión, bastaba con que al momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, el docente tuviera una relación laboral con la Administración, precedida de las formalidades antes descritas para poder considerarse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio....

En sentido lato el auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley...

Para ello, es necesario diferenciar la normatividad aplicable a cada una de las tres categorías diferentes de personal vinculado, las cuales se encuentran definidas en el artículo 1° de la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

“(…) Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 (…).”

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”.
(Destaca la Sala)

Por su parte el numeral 3º del artículo 15 ibídem estableció:

“(…) 3. Cesantías

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.”.

De las disposiciones transcritas, así como de la situación laboral del actor, se deduce que la normativa prestacional aplicable en el presente caso es la vigente para el sector territorial al momento de entrada en vigor de la Ley 43 de 1975. Dicha normatividad es la establecida en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1945 y en los Decretos 2767 de 1945, 1160 de 1947 y concordantes.

El artículo 1º de la Ley 65 de 1946, “por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”, estableció:

“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 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

PARAGRAFO. 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.”.

Así las cosas, el auxilio de cesantía creado por la norma anteriormente trascrita, es una prestación social a que tiene derecho el docente vinculado, bajo el contexto en que se dejó plasmado en esta providencia, la cual se paga por año de servicio o proporcional al tiempo laborado.

Entonces, debido a que el actor jamás interrumpió su relación laboral con el Departamento desde el año de 1960 y que la normativa relacionada anteriormente, aplicable al caso del actor, consagraba el régimen retroactivo de las cesantías, era obligación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a voces de los numerales 3º y 5º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989, reconocer al actor al término de su relación laboral, momento en el cual se causa el derecho a la cesantía definitiva, lo laborado durante 42 años 4 meses y 20 días, teniendo en cuenta para el efecto el último salario devengado.

Ahora bien respecto a la prescripción tenemos que:

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

Por su parte el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone:

“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. (...)

Confirma la prescripción de tres años para las acciones correspondientes a derechos laborales.

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, dislate 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 cubre 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”. (subrayado nuestro)

La Corte Suprema de Justicia mediante concepto Sala de Casación Laboral, Magistrada Ponente: Elsy 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 termino 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.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, atendiendo puntualmente a su pregunta, 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.

Ahora bien en cuanto al retiro de cesantías ya consignadas en un Fondo de cesantías la Superintendencia Financiera de Colombia, en Concepto no. 2004009164-2 de septiembre de 2004, manifestó:

(...) “d)Respecto de las cesantías sometidas a lo señalado en la Ley 50 de 1990, se considera que una vez consignadas en la cuenta de cada trabajador el empleador a cumplido con su obligación y el valor consignado podrá permanecer en la cuanta hasta que su titular decida retirarlas, sin que deba someterse, para su retiro, a un término específico.” (...)

Así las cosas una vez las cesantías estén consignadas en un fondo ya no se puede hablar de prescripción y el titular podrá retirarlas cuando el decida.

Ahora bien, en cuanto a las eventuales sanciones por mora en el reconocimiento de cesantías, tenemos que la Ley 1071 de 2006⁶ señala:

ARTÍCULO 5. 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. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Es importante señalar que este artículo fue modificado por lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009⁷, en tanto que se establece que en las obligaciones a cargo de la nación, la indemnización de perjuicios o la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente, vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago:

ARTÍCULO 88. INTERESES CON CARGO A OBLIGACIONES DE LA NACIÓN. En todos los eventos en los que la Nación o las entidades públicas, de cualquier orden, deban cancelar intereses por mora causados por obligaciones a su cargo, la indemnización de perjuicios o la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago.

De igual forma, toda suma que se cobre a la Nación o a las entidades públicas como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria adeudada en virtud de un mandato legal se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.

De modo que la Ley 1071 establece que la entidad pública pagadora cuenta con un plazo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías parciales para su reconocimiento, so pena de tener que pagar un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Directora Jurídica (E)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

2 “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

3 Por el cual se reglamentan el inciso 2o del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.

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 “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

7 “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.

Mercedes Avellaneda V.

11602.15

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:14:44