CONSEJO DE ESTADO Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

CULTURA DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS REGIONES "CHOCÓ"

AUXILIO DE CESANTÍA Y SANCIÓN MORATORIA

En el marco de este evento, Cultura de legalidad y seguridad jurídica en las regiones, abordo el tema de **sanción moratoria**, pues previo diagnóstico, hemos evidenciado que se ha convertido en talón de Aquiles de las administraciones del orden territorial, y atendiendo los objetivos de este seminario sintetizados en la prevención de actos, hechos o situaciones administrativas que generen perjuicios a los asociados, lesión patrimonial a los entes y la ineludible congestión en la Jurisdicción contenciosa administrativa.

Previo adentrarnos a lo que objeto de disertación en esta oportunidad, resulta importante resaltar que en nuestro ordenamiento las prestaciones sociales constituyen pagos que el empleador hace al trabajador, directamente o a través de las entidades de previsión o de seguridad social, en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originados durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-823 de 2006, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, abordó la clasificación de las prestaciones sociales en comunes y especiales, encontrándose las cesantías como una prestación común.

Adentrándonos a lo que nos convoca y teniendo en cuenta que las cesantías es una prestación social, apoyada en la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, donde han fungido como ponentes algunos de los hoy aquí presente, diré que las cesantías es un ahorro forzoso de los trabajadores para auxilio en caso de quedar cesantes[1], es decir, hasta que se vincule nuevamente, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo, prestación que se debe reconocer y pagar en principio a la terminación de la relación laboral.

Así, es dable precisar en primer lugar, que para que un empleado público tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad o en periodo de prueba, sin que sea válido afirmar como lo ha dicho el H. Consejo de Estado, que la forma de vinculación condiciona de alguna manera el derecho que le asiste al pago de sus cesantías al momento de terminar su relación laboral [2].

En nuestro ordenamiento esta importante y especial prestación ha sido regulada por la **Ley 6ª de 19 de febrero de 1945[3] que en su artículo 17,** la estableció para

---

[1] Consejo de Estado sentencias de 25 de agosto de 2005 –Actor José Rolando Álvarez- radicación 4656-03 con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante, y, de 26 de enero de 2006 –Actora Margarita Leonor Cabello Blanco- radicación 3920-02 de la que fue ponente el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

[2] En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero en sentencia de 17 de agosto de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00269-01 No. Interno: 1446-06.

[3] ***"****Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".*

los empleados y obreros nacionales de carácter permanente a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. El **artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946**[4] la hizo extensiva a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, disposición que fue reiterada por el **artículo 1º del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947**[5].

Las normas antes referidas tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Además, contemplaron para efectos de su liquidación tener en cuenta **el último salario fijo devengado** - a menos que hubiere tenido variación en los tres últimos meses- y todo lo recibido por el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses ya que, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios, lo que conllevaba a que el pago efectuado siempre fuera actualizado.[6]

Posteriormente, al expedirse el **Decreto 3118 de 1968** – que creó el Fondo Nacional de Ahorro- empezó el desmonte de la retroactividad de las cesantías, especialmente en la rama ejecutiva del orden nacional, para liquidarlas anualmente. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo y a favor de los trabajadores del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del **artículo 3° de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975**[7].

En el orden territorial el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

Para el caso particular de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, conforme al **artículo 30 de la Ley 10 de 10 de enero de 1990,**[8] se le aplicaba el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional hasta la vigencia de **la Ley 100 de 1993, la cual en su artículo 242 inciso tercero**, estableció que no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.

El **28 de diciembre de 1990** se expidió la **Ley 50**[9], que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías, en cuyo **artículo 99** se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el **numeral 3º,** la sanción moratoria por la no consignación oportuna de tal auxilio a los trabajadores afiliados a los fondos privados.

El **artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996**[10] estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se

---

[4] "*Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras".*
[5] *"Sobre auxilio de cesantía".*
[6] Sentencia de 19 de julio de 2007, M.P. Jaime Moreno García, Exp. No. 15001-23-31-000-2000-02033-01(9228-05), Actor: Oscar Armando Rodríguez.
[7] *"Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones".*
[8] *"Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones".*
[9] *"Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".*
[10] *"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones".*

vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Se expidió luego la **Ley 432 de 29 de enero de 1998**[11], en cuyo **artículo 5º** se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro para los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios hicieran lo propio. En cuanto a las transferencias de las cesantías de los servidores públicos en artículo 6° contempló todo lo pertinente, dejando claro que este último fue modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.[12]

En el ámbito territorial ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por medio del **Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998**[13], vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo **artículo 1º** se estipuló que los Servidores Públicos del nivel territorial y vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996 a los Fondos Privados, les serán aplicables los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990, y los que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, la normativa prevista en la Ley 432 de 1998.

De las normas citadas, se concluye que mientras la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema que se debe aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el Decreto 1582 de 1998 fue el que consagró la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto, a los servidores públicos de los entes territoriales (10 de agosto de 1998).

Finalmente el **artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000**[14], dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia[15], tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Y el **artículo 2 ibídem** señaló que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo con las normas que regulan la materia, es posible encontrar en nuestro ordenamiento tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:

1. Los empleados con régimen de liquidación retroactiva de cesantías con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° y 2° de la Ley 65 de 1946, 2° y 6° del Decreto 1160 de 1947 y 2° del Decreto 1252 de 2002,– que pueden afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro o a Fondos Privados, se caracteriza por su reconocimiento y liquidación teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios prestado, con base en el último salario devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios cuando durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera

---

[11] *"Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones".*

[12] *"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".*

[13] *"Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia".*

[14] *"Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública".*

[15] 6 de julio de 2000.

sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año: en este sistema no hay lugar a intereses sobre las cesantías en tanto que dicho régimen no lo prevé, y solo es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

2. Los empleados con régimen de liquidación anualizado de cesantías afiliados a fondos privados de cesantía, 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 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 cobija a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996. Este régimen posee como características principales, la afiliación obligatoria a un Fondo Administrador de cesantías, la liquidación anualizada y el pago de intereses sobre las cesantías a cargo del empleador.

3. Los empleados con régimen de liquidación anualizado de cesantías afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, surgió con la Ley 432 de 1998, que permitió que el personal vinculado al sector territorial pudiera, al igual que los nacionales, afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, para que éste administre sus cesantías, reconozca los intereses sobre las cesantías a cargo de dicho fondo en los términos del artículo 12 de la Ley 432 de 1998, proteja *"contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación"*[16].

Por su parte la **Ley 244 de 29 de diciembre de 1995** fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación[17].

Vale la pena resaltar que la cesantía puede ser definitiva o parcial[18], es definitiva cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el estado, es decir, cuando este se retira del servicio, y es parcial, cuando se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley[19].

---

[16] Concepto No. 1448 de 22 de Agosto de 2000, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

[17] *"**Artículo 1º.-** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.*
***Parágrafo.-** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*
Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.
***Artículo 2º.-** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*
***Parágrafo.-** En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste".*

[18] Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Consejera Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO Referencia: Expediente No.10067.

[19] Las cesantías parciales se conceden mientras no haya desaparecido el vínculo que une al empleado con el estado, en cambio, las cesantías definitivas como su nombre lo indica, se reconocen y pagan cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir y cuando éste se retira del servicio definitivamente. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Consejera Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO Referencia: Expediente No.10067.

Las cesantías definitivas se reconocen al momento en que se disuelve el vínculo laboral, con independencia de los montos reconocidos y pagados por concepto de cesantías parciales, los cuales se pueden descontar de la liquidación final[20], con la finalidad que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales.

Ahora, en cuanto a las cesantías parciales o anticipo de cesantías, esta procedente de acuerdo con el régimen en el cual se encuentre el servidor, así:

1. Los servidores (empleados públicos y trabajadores oficiales) con régimen retroactivo de cesantías, es decir los vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, podrán utilizar las cesantías parciales para los fines establecidos en el Decreto 2755 de 1966, esto es, para la adquisición de su casa de habitación, para la liberación de gravámenes hipotecarios que afecten la casa de habitación de su propiedad, o de su cónyuge, y se hayan constituido para satisfacer el pago total o parcial del precio de la misma y para reparaciones y ampliaciones de su casa de habitación, o de la cónyuge.

2. Los servidores afiliados a Fondos Privados de Cesantías vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996[21], podrán utilizar las cesantías parciales para la compra de vivienda, liberación de gravámenes hipotecarios y reparaciones locativas citadas en el Decreto 2755 de 1966[22]; además, según el numeral 3º del artículo 102 de la Ley 50 de 1990, para financiar estudios superiores del cónyuge, compañero, hijos y aún del mismo funcionario público.

3. Los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 afiliados al Fondo Nacional del Ahorro[23], podrán utilizar las cesantías parciales exclusivamente para compra de vivienda o lote para edificarla, construcción de vivienda en lote del afiliado o de su cónyuge o compañero(a) permanente, mejora de la vivienda propia del afiliado o de su cónyuge o compañero(a) permanente, liberación total o parcial o gravamen hipotecario constituido sobre la vivienda del afiliado o de su cónyuge o compañero(a) permanente, amortización de crédito otorgado por el Fondo Nacional de Ahorro al afiliado, y/o para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos en atención a lo señalado en la Ley 1071 de 2006[24].

Como podemos ver, la ley establece mecanismos para garantizar que al servidor público cuyo vínculo laboral se da por terminado o para los fines establecidos durante la vigencia de la relación laboral, se le paguen las cesantías a las que tiene derecho de forma oportuna y sin dilaciones por parte de la administración. Ello obedece a la especial protección que tiene el trabajo en el Sistema Jurídico Colombiano. Así las cosas, es obligación de las entidades estatales, en su calidad de patronos, atender el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en las **SANCIONES MORATORIAS** dependiendo los casos antes indicados.

---

[20] El Consejo de Estado, Sección Segunda ya se ha pronunciado en relación con el descuento al momento de liquidar las cesantías definitivas de **los valores pagados por concepto de cesantías parciales** entre otras en las sentencias de 21 de marzo de 2002. C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 66001-23-31-000-1998-0371-01(1124-00) Actor: Marco Fidel Pareja Ríos y de 7 de septiembre de 2006, C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación número: 08001-23-31-000- 98-0198-01(3499-01) Actor: Raúl Rodríguez Bustillo y Otros,

[21] Es decir, aquellos con régimen anualizado de cesantías.

[22] "Por el cual se reglamenta el parágrafo 3o. del artículo 13 de la Ley 6a. de 1945 en cuanto a la cesantía parcial de los trabajadores oficiales (empleados y obreros)".

[23] Es decir, aquellos con régimen anualizado de cesantías.

[24] "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".

En este punto, resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el **artículo 99 de la Ley 50 de 1990**, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la **Ley 244 de 1996**, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria o para los fines previstos en los anticipos parciales, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma.

Como se extracta, el alcance de tales sanciones es diverso, aunque fueron legalmente fijadas en la misma cantidad, su reconocimiento no es concurrente, sino por el contrario, es excluyente en tanto encuentran su origen en supuestos de hecho diferentes en torno a la vigencia de la relación laboral.

Resulta imprescindible recordar que el artículo 99 de la ley 50 de 1990 solo se aplica a aquellos trabajadores que hubiesen escogido un fondo privado de cesantías, pues así lo consagra el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 que reglamentó el artículo 13 de la Ley 344 de 1996. Por tanto, no es dable afirmar que cumplida la condición de pertenecer al régimen anualizado contendido en la Ley 344 de 1996 automáticamente deba aplicarse la Ley 50 de 1990 por que bien puede el empleador inclinarse por el Fondo Nacional del Ahorro el cual es regido por la Ley 432 de 1998. Así, es de vital importancia el tipo de fondo que se escoja, pues de ello depende la manera en la cual las cesantías deben ser administradas toda vez que en los fondos privados al empleador le asiste la obligación de consignar las cesantías de manera anual antes de la fecha establecida en la Ley, mientras que en el Fondo Nacional del Ahorro los dineros son consignados mes a mes y no constituyen cesantías sino que son aportes de doceavas de los factores salariales que toman como base para la liquidación, los cuales se convierten en cesantías una vez se han causado, es decir para la fecha 31 de diciembre de cada año, en virtud a régimen anualizado, o a la terminación de la relación laboral según el caso. También, para el Fondo Nacional del Ahorro el 15 de febrero es una fecha límite NO para realizar consignación de aportes, pues como ya se dijo es de manera mensual, sino que ha sido señalada para la remisión de los reportes o listados individualizados con las certificaciones de los factores salariales que constituyen base para liquidar y los reportes anualizados consolidados, todo ello para que luego el fondo pueda proceder a trasladar los dineros a cada una de las cuentas individuales de cada funcionario afiliado, empero, este hecho no da lugar a la imposición de la sanción moratoria propia de los fondos privados. Lo anterior encuentra justificación en la sentencia de control abstracto de la H. Corte Constitucional **C-625/98,** Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

La anterior precisión es para dejar claro en especial al público en general, que por el solo hecho que la administración no trasfiera o consolide a 31 de diciembre al Fondo Nacional del Ahorro sus cesantías durante la vigencia de la relación laboral, no se hacen acreedores de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues este desconocimiento ha sido la fuente para impetrar centenares de demandadas que sin perjuicio al respeto al derecho de acceso a la administración de justicia ha conllevado a la congestionan del aparato judicial.

Ahora bien, la **Ley 244 de 1995**[25] en el **artículo 1°** prescribe, que los servidores públicos de **todos los órdenes**, pueden solicitar la liquidación de las **cesantías definitivas**, debiendo la entidad expedir la resolución correspondiente. Y en su **artículo 2**°, dispone para la entidad pública pagadora, un plazo máximo de 45 días hábiles para cancelar la prestación, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena dicha liquidación. Su **parágrafo** manda, que **en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad obligada**, de sus propios recursos, **deberá reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo**, para lo que sólo basta, la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto y siempre que la mora en el pago no se produzca por culpa imputable al servidor. El fundamento de la ley es proteger a las personas que por distintas razones se retiran del servicio y, por ende, requieren de ingresos para su subsistencia mientras reanudan actividades laborales. En tal sentido, se puede afirmar que constituye una garantía del derecho al pago oportuno del salario contenido en el inciso 3 del artículo 53 Constitucional.

Vale la pena resaltar, que el artículo 2° incluido el parágrafo en su tenor literal, fueron posteriormente reiterados por el **artículo 5° de la Ley 1071 de 2006**[26], norma reglamentaria de la Ley 244, que de paso también reguló el pago de las cesantías parciales.

No hay que perder de vista, que en caso de existir mora, los organismos de control conforme al artículo 117 constitucional, Procuraduría y Contraloría, tienen la misión de garantizar que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos, cumplan con los términos señalados en la ley; y estarán vigilantes para que las cesantías sean canceladas en estricto orden en que fueron radicadas las solicitudes, ya que de lo contrario incurren los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

En esta parte de la exposición y de acuerdo a lo anterior como administradora de justicia y respetuosa de los derechos fundamentales y derechos humanos, con todo respeto exhorto a los representantes de los organismos de control en el Departamento del Chocó, al cumplimiento de su misión constitucional y legal, pues el siete de junio del presente año cumplí veintiún (21) años al servicio de esta especial jurisdicción, es decir, seis (6) meses más que la entrada en vigencia de la Ley 244 de 1995,[27]y de los procesos laborales después de las declaratorias de insubsistencias que conoce la Corporación, se convierte la Sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en la segunda causa que conlleva a los jueces a condenar a las administraciones y en consecuencia fuente de desangre que en últimas impide la materialización de los fines Estales esenciales (art. 1 y 2 C.P). Por lo que en esa dirección va dirigida la precaución para que se puedan adoptar las medidas para evitar las mismas, que no es más que el cumplimiento de la norma en los estrictos términos dispuestos por el legislador.

Sobre la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha reiterado que es imputable al empleador moroso en beneficio del trabajador y su establecimiento obedece al propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía y a partir del año 2006 de las parciales en los términos de la mencionada Ley. En tal sentido, estableció el

---

[25] Ley 244 de 1995 *"Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".*

[26] **Ley 1071 de 2006.** *"Por medio dela 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 los términos para su cancelación".*

[27] Entró en vigencia el 29 de diciembre de 1995.

procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo o parcial de la referida prestación[28].

El propósito del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó expresado en la exposición de motivos, de lo que se extrae como lo precisó el H. Consejo de Estado en la sentencia de Sala plena del 27 de marzo de 2007[29], que se ocupó del tema, que el Legislador quiso buscar objetividad, igualdad y agilidad en el pago de las cesantías, porque con ello se evitaba la corrupción que tales trámites conllevaban, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. De otra parte, castigar la inercia de la administración y el incumplimiento de la entidad.

En punto a la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, en la sentencia citada en precedencia, esto es, la de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007, formuló las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta del pago oportuno de las cesantías, y precisó el momento a partir del cual inicia el cómputo de la sanción moratoria en los casos en que no existe acto de reconocimiento de la prestación o éste se profiere en forma tardía.

Bajo tal entendimiento, la Sección Segunda en sus dos subsecciones[30] ha venido reiterando que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

Ahora, es dable recordarles a todos los aquí presente, que así como en nuestro ordenamiento se impone una obligación a los nominadores de pagar oportunamente las prestaciones a los trabajadores que para el caso aquí estudiado las cesantías y en especial las definitivas reguladas por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, también existe para el caso de los servidores públicos una pequeña obligación, la cual consiste conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, reclamar el reconocimiento y pago de sus prestaciones una vez están se hagan exigibles so pena de acarrear la extinción del derecho por prescripción, pues las cesantías no es una prestación periódica a pesar a que su liquidación se haga anualmente[31], a diferencia de la regulación que tienen los trabajadores particulares a quienes, sin necesidad de solicitarlo, se les debe pagar sus salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo, so pena de que por cada día de retardo se les pague un día de salario, como indemnización moratoria (art. 65 Código Sustantivo del Trabajo).

---

[28] Ver, sentencia de 8 de abril de 2010, Expediente Nº 1872 de 2007, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[29] M.P. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

[30] Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.

[31] Ver entre otras, Sentencia del **15 de marzo de 2007,** Rad. Núm. 13001-23-31-000-1999-00512-01, M.P. Jesús María Lemus Bustamante y la Sentencia del **24 de marzo de 2011**, Rad. Núm. 68001-23-15-000-2001-01188-02, M.P. Víctor H. Alvarado Ardila

No obstante a lo anterior, tanto la Corte Constitucional como el H. Consejo de Estado[32] han señalado que el reconocimiento y la liquidación de las prestaciones sociales, sea por acto administrativo oficioso o motivado por la solicitud del interesado, debe producirse dentro de un límite razonable. Lo que permite indicar que la entidad debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que corresponde al finalizar la relación laboral con los servidores, dándose un plazo moderado para tal fin, de manera que, no se ocasione un perjuicio o se afecten derechos fundamentales del trabajador.

En esa línea de pensamiento tampoco es válido pese a la garantía del artículo 53 Constitucional, que la administración reconozca una prestación que ya se encuentra extinguida por el trascurso del tiempo, pues la entidad territorial pagaría una obligación civil que pasó a ser una obligación natural, desprovista de la potencialidad jurídica requerida para reclamar su pago coactivamente con el concurso de la jurisdicción.[33]

MIRTHA ABADÍA SERNA

Magistrada Tribunal Administrativo del Chocó.

[32] Corte Constitucional en sentencia T 260 de 1994, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de fecha 12 de julio de 2012, radicado No 2001-00085-01(1868-08), Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

[33]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, quince (15) de agosto de dos mil trece (2013), Expediente: 08001233100020110133301, Referencia: 2218-2012, Actor: Francisco Ernesto Aguilar Cadavid, Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.