PAGO DE LA PRESTACION INTERESES A LAS CESANTIAS A LOS EMPLEADOS OFICIALES DE ENTIDADES NO AFILIADAS AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA)

LUIS EDUARDO CARVAJAL CARVAJAL

JOSE LEON MAZO MUNERA

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de ABOGADO.
Asesor. DR. MARTIN TATIS O.
ABOGADO

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

DR #0451

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

Barranquilla, Noviembre 28 de 1990

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

En calidad de Presidente de la Tesis de Grado presentada por los egresados Luis Eduardo Carvajal y José León Mazo Múnera quienes denominan el trabajo de grado "Pago de la prestación intereses a las cesantías a los empleados oficiales de entidades no afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro (FNA), expreso concepto sobre el mismo en los términos siguientes :

En cinco partes dividen el trabajo los graduandos: en una parte histórica legal de la creación de las cesantías, en una reseña de los empleados oficiales, otra parte dedicada al Fondo Nacional del Ahorro, luego se refiere al Control de los intereses de las cesantías, criticando la aplicación de la ley que crea dichos intereses, proyectando una reforma a la Ley 52 de 1975 y luego a las conclusiones.

Todo lo expuesto por los egresados reflejan su madurez jurídica e idoneidad para el ejercicio del derecho y por tanto doy mi concepto favorable para que la tesis sea sustentada en examen de grado.

Del señor Decano, atentamente

MARTIN TATIS ORDOSGOITIA
PRESIDENTE

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, noviembre 17 de 1990

PERSONAL DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

RECTOR	: DR. JOSE CONSUEGRA H.
VICE-RECTOR ACADEMICO	: DR. EUGENIO BOLIVAR
SECRETARIO GENERAL	: DR. RAFAEL BOLAÑOS
DECANO FACULTAD	: DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO ACADEMICO	: DR. PORFIRIO BAYUELO
DIRECTOR CONSULTORIO JURIDICO	: DR. ANTONIO SPIRKO

BARRANQUILLA, Noviembre de 1990

DEDICATORIA

A mis padres

A mis hermanos.

José León.

DEDICATORIA

A mis hijos con mucho amor.

Luis Eduardo.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

Al Doctor Carlos Llanos Sánchez, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

Al Doctor Martín Tatis O, Asesor del presente trabajo por toda la colaboración brindada en el momomento oportuno.

Al Cuerpo de Profesores de la Facultad.

A la UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDO pág

INTRODUCCION 13

1. LA CESANTIA 15

1.1. DEFINICION 15

1.2. RESEÑA HISTORICA DE SU CREACION 17

1.2.1. Ley 10 de 1934 17

1.2.2. Ley 61 de 1939 21

1.2.3. Ley 3ª de 1943 22

1.2.4. Ley 6ª de 1945 22

1.2.5. Ley 65 de 1946 26

1.3. FUNDAMENTACION SOCIOLOGICA DE SU CREACION 28

1.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA CESANTIA 30

1.4.1. Teoría del salario diferido 30

1.4.2. Premio a la fidelidad 31

1.4.3. Mayor valor de la empresa 31

1.4.4. Daño de antiguedad 32

1.4.5. Resarcimiento de daños 32

1.4.6. Previsión y asistencia social 33

1.4.7. Complemento de la indemnización por preaviso 33

1.4.8. Preventivo del paro forzoso 33

1.4.9. Teorías mixtas 34

1.4.10. Teoría de la compensación adicional 35

1.5. CLASES DE CESANTIAS 36

1.5.1. Cesantía parcial 36

1.5.2. Cesantía total 43

1.5.3. Cesantía congelada 44

1.5.4. Cesantía acumulada 46

1.6. FACTORES QUE SE TIENEN EN CUENTA PARA LA LIQUIDA_ CION DE CESANTIAS 47

1.7. QUIEN DEBE PAGAR LAS CESANTIAS? 50

2. EMPLEADOS OFICIALES 52

2.1. CLASES DE EMPLEADOS OFICIALES 52

2.1.1. Los empleados públicos 53

2.1.2. Los trabajadores oficiales 54

3. EL FONDO NACIONAL DE AHORRO (FNA) 56

3.1. OBJETIVOS DE SU CREACION 56

3.2.1. Entidades oficiales obligadas a afiliarse 65

4. LOS INTERESES A LA CESANTIAS 67

4.1. INTERESES LIQUIDADOS POR EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO 67

4.1.1. Primera etapa de 1978 a 1974. (% 70

4.1.2. Segunda etapa desde 1975 hasta la fecha, 12% 71

4.2. LA LEY 52 DE 1975 72

4.2.1. Fundamentación sociológica de su creación 74

4.2.2. Aplicabilidad de la norma

4.3. QUE NORMAS DEBERA APLICARSE A LOS EMPLEADOS OFICIALES DE ENTIDADES OFICIALES NO AFILIADAS AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA) 77

4.3.1. Situación actual 77

4.3.1.1. Crítica a la situación actual 80

5. PROYECTO DE LA REFORMA A LA LEY 52 DE 1975 87

5.1. PROYECTO DE LEY #0001 DE 1991 87

CONCLUSIONES 88

BIBLIOGRAFIA 91

INTRODUCCION

El tema del que se ocupa esta investigación ha saltado actualmente a la palestra, de él se ocupan tanto los diferentes órganos del Estado en sus ramas ejecutiva, legislativa, como también los organismos de carácter social como los sindicatos y sus centrales y los gremios económicos que serían afectados por las nuevas normas que se piensan implantar por iniciativa del gobierno en turno. El tema que ocupa la opinión pública y es motivo de discusión y análisis es el resultado con las cesantías de los trabajadores y por ende de los intereses que se pagan actualmente sobre ellas. Actualmente se discute en un proyecto de ley la conveniencia de demostrar la retroactividad de las cesantías en el sector privado, el manejo de éstas cesantías por un fondo de inversiones el cual pagaría intereses bancarios a éstas cesantías. El trabajo de investigación se inicia con un recorrido por el concepto de cesantía y su evolución histórica, centrando la atención sobre la congelación de la misma por parte de las entidades afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro, por tanto se relaciona en una u otra forma con el tema que

está en discusión en el momento, ya que en esta ocasión se trata de congelar las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Se han analizado las normas que tratan sobre el reconocimiento de la prestación intereses a las cesantías y se ha encontrado que existen unas que cobijan a una parte de los empleados oficiales y otra para todos los trabajadores del sector privado, pero existe una franja importante de empleados oficiales a los cuales las entidades donde prestan sus servicios les pagan directamente el auxilio de cesantía, que no están incluídos en las normas que existen al respecto y por tanto su derecho a percibir esta prestación de los intereses está en un limbo jurídico. Este trabajo está encaminado a demostrar que también deben recibir esta prestación y si no existe una legislación que los ampare es hora de aprobar la ley que les reconozca los intereses a sus cesantías.

1. LA CESANTIA

1.1. DEFINICION

En la doctrina y en las legislaciones extranjeras, el " auxilio de cesantía" se conoce con varios nombres: Indemnización por despido, indemnización por cesación, indemnización por antiguedad en el trabajo. Pero para nuestro trabajo y acogiendo la doctrina nacional al respecto acogeremos este auxilio con el nombre genérico de cesantía.

La palabra latina viene del latín CESARE que significa cesar; podemos decir que la cesantía es un auxilio monetario que recibe un trabajador oficial o particular que queda cesante, en quien concurren determinadas circunstancias para poder recibirla.

Por lo tanto, la cesantía es un derecho concebido por la ley al empleado, consistente en el pago de una suma de dinero cuando deja de prestar los servicios que le corresponden, o antes en ciertos casos, por cesantías

parciales . Es un beneficio legal por el trabajo cumplido y tiene carácter imperativo. No es renunciable. El convenio de las partes puede aumentar su monto por bien del trabajador pero no cambiar sus modalidades en forma que le perjudique, en ningún sentido.

Como su nombre lo indica, etimológicamente cesantía significa suspensión del trabajo, inexistencia del trabajo. Se dice de una persona que está cesante, en el derecho del trabajo cuando no está vinculada con nadie en una relación que le produzca un salario, como medio de vida.

Como principio general sobre el auxilio de cesantía se tomará el consignado en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 249.

" Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año".

En esta definición están contenidos los principales elementos que rodean al derecho de cesantía. En primer lugar, que ella se paga por todo patrono, salvo las excepciones legales de que se tratará más adelante. En segundo tér-

mino, que se paga a todos los trabajadores y demás personas que más adelante se indicarán. Y finalmente, la base fundamental, que es la de que el auxilio se paga sólo a la terminación del contrato y de que se igual a un mes de sueldo por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

En cuanto a que se paga a todos los trabajadores y demás personas, por cuanto este auxilio se paga también a los causahabientes del trabajador, es decir, a los herederos o beneficiarios, cuando al trabajador muere sin haber recibido ese derecho laboral de de su propiedad.

1.2. RESEÑA HISTORICA DE SU CREACION

1.2.1. Ley 10 de 1934. La cesantía por primera vez apareció como auxilio en la legislación colombiana en la ley 10 de 1934.

"Artículo 12. Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta ley, toda persona que no siendo obrero realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica, o fija, participación de beneficios o cualquier otra forma de retribución".

Artículo 14. Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones o auxilios.

- En caso de despido, que no sea originado por mala conducta, ni por incumplimientos del contrato comprobados, tendrá derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año. Para efectos de éste artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

PARAGRAFO: Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a la terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto en este caso, cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a la anteriores y el empleado no acceda a ello".

Primeramente, se estableció solo para empleados particulares. La razón de ser de esta restricción obedeció a que , por ésta época la legislación del trabajo hacía una diferencia entre empleados y obreros, siendo los primeros aquellos en cuyo trabajo predominaba la actividad

intelectual, y los segundos, aquellos en los que predominaba la actividad material. Había una zona intermedia, en la cual se presentaba una confusión entre labores materiales e intelectuales, que la doctrina ha llamado trabajadores técnicos o trabajadores especializados, sin que durante mucho tiempo se supiera en qué renglón clasificarlos, pero pudiéndose hacerlo en uno o en otro grupo según el predominio de una de las dos actividades, por medio de resoluciones del Ministerio del Ramo.

En segundo lugar, estaba consagrada para los empleados particulares que no se retirarán voluntariamente, o que no fueran destituídos por mala conducta. Por lo tanto, en esa época la cesantía estaba condicionada esencialmente al retiro injusto del trabajador. Todo despido que no obedeciera a una razón legal o de justicia, implicaba el pago del auxilio de cesantía. Pero el retiro voluntario del trabajador, o su destitución por mala conducta o por incompetencia, no acarreaban el pago del auxilio; este es un paso que hoy puede parecer un poco avaro si se mira desde el punto de vista de los trabajadores, pero que en realidad, si se examina esa época en que era necesario romper una serie de perjuicios y elementos de la estructura económica feudal que venía viviendo el país, se debe ver como una garantía extraordinaria. Con todo y ser una concesión modesta y limitada a determinado

número de trabajadores, la ley despertó una enorme resistencia entre los patronos, para su aplicación. Esta ley fué demandada ante la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el tercera característica que presentaba y que consistía en que el auxilio se pagará por todo el tiempo de servicios que los trabajadores tuvieran en las empresas. Se arguyó que violaba el artículo 30 de la Constitución Nacional, que garantiza los derechos adquiridos, con el argumento que las empresas habían adquirido derecho a no pagar cesantías por el tiempo corrido hasta la vigencia de la ley, y que sólo los obligaba a partir de la misma. Se sostenía que , como el contrato de trabajo era un contrato de obligaciones claras, recíprocas, pero que solamente se aplican como consecuencia del mismo, es decir, en el futuro, no tendría explicación jurídica el que se gravará a las empresas por razón de trabajos ejecutados con anterioridad a la expedición de la ley, y respecto de los cuales habían cumplido sus obligaciones.

La Corte negó las peticiones de la demanda, sosteniendo, que la ley demandada no mandaba pagar cesantías para trabajadores cuyos contratos de trabajo hubieran terminado antes de la expedición de la misma, sino sólo a los trabajadores que tuvieran vigente su contrato de trabajo en el momento de expedirse la ley, y por todo el tiempo de servicio anterior, en virtud del principio de la aplica-

ción inmediata de las leyes sociales.

Este auxilio en este momento aparece, entonces, como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa causa a sus empleados. Este auxilio como acabamos de ver era bastante restringido, solo debía pagarse a los empleados particulares, es decir, que se estaba excluyendo de él a los obreros particulares y a los empleados oficiales, además que sólo se pagaba a los trabajadores que fueran despedidos sin justa causa.

1.2.2. Ley 61 de 1939. Por medio de esta ley se consagró el auxilio de cesantía para un grupo de trabajadores oficiales; los dedicados a labores de construcción, fueren empleados u obreros. Se va extendiendo el campo de acción de este auxilio, esta vez a los trabajadores oficiales, quitándose la diferenciación entre empleados y obreros en cuanto a su aplicación.

Podemos intentar decir que esta fué la génesis o nacimiento de éste auxilio para los trabajadores oficiales, aunque todavía estaba restringida a los trabajadores dedicados a labores de construcción, es decir, a los dedicados a construir las obras públicas, como carreteras, puentes, ferrocarriles, etcétera.

1.2.3. Ley 3ª de 1943. Por medio de esta ley este auxilio se extendió a los obreros de las carreteras nacionales. Aunque por la ley 61 de 1939 lo había consagrado para los trabajadores oficiales dedicados a labores de construcción, genéricamente cobijaba a esta clase de obreros, por esta ley se les consagra aún más específicamente este auxilio.

1.2.4. Ley 6ª de 1945. Por esta ley se abolío, en primer término, la diferencia entre empleados y obreros de carácter particular, en consecuencia, los efectos prácticos que tenía esa clasificación y que eran ya bien restringidos, quedaron abolidos; de ahí en adelante se adoptó la noción de trabajador, en el caso de los trabajadores del sector privado, como norma genérica, sin reparar en que la condición de empleado o de obrero, es decir, el predominio de labores intelectuales o materiales, fuera un factor decisivo para mejorar, disminuir o abolir determinadas garantías sociales. Se tuvo un criterio unitario sobre la defensa del trabajo, la noción del mismo y la obligación del Estado de protegerlo, y a partir de entonces, todo el régimen de prestaciones sociales, en el campo del sector privado, cobija las dos categorías, o mejor, sólo a una : la de los trabajadores. (Art. 12 f).

" Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcio-

nalmente por las fracciones de año en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho de auxilio de cesantía correspondiente a éste período y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que origina su despido. Si fuere despedido o se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento de contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.

En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores y trabajadores, por causa y con ocasión del trabajo, así como en el caso de graves daños causados a la empresa, el patrono podrá retener el correspondiente auxilio de cesantía hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador deba pagar, a la cual se aplicarán en primer término los auxilios retenidos".

Art. 17. " Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

1. Auxilio de cesantía por razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de éste auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942".

Las notas características del régimen de la ley 6ª fueron las siguientes:

1. El valor del auxilio era de un mes de sueldo o jornada por un año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de años.

2. Cada tres años de trabajo continuo o discontinio se afirmaba para el trabajador el derecho a la cesantía de ese período, y no lo perdía aunque dentro de los tres años siguientes se retirara voluntariamente, o incurriera en mala conducta o en incumplimiento de contrato que causaran el despido. Si dentro del último trienio fuera despedido por mala conducta, o se retirara, sólo perdería el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.

3. En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores o trabajadores, cometidos por causa y ocasión del trabajo, y en caso de graves daños causados a la empre-

sa, el patrono podía retener el valor del auxilio hasta que la justicia decidiera sobre la indeminización correspondiente, para aplicar a ella los dineros retenidos.

Lo anterior en cuanto a lo que tiene que ver con los trabajadores del sector privado.

En cuanto al sector oficial , estableció por primera vez, para todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, extendió el auxilio para todas las actividades oficiales no solamente los dedicados a labores de construcción y los de carreteras nacionales, sino también a todos los demás que tuvieran el carácter de permanentes.

Se puede decir sin lugar a equivocarse, que el auxilio de cesantía se consagró para los empleados oficiales, o más bien, trabajadores oficiales, sin hacer distinción entre empleados y obreros, a partir del 1º de enero de 1942.

1.2.5. Ley 65 de 1946. Por esta ley se consagra la cesantía a favor de todo trabajador, sin tener en cuenta la causa del retiro del servicio.

"Artículo 1º. Los asalariados de carácter permanente,

al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállense o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo de trabajo continuo o discontinuo, 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.

Artículo 2. Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendencias, 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 sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etcétera.

Esta modificación, consistente en eliminar totalmente

las condiciones para el reconocimiento de la cesantía, marca una diferencia fundamental con los regímenes establecidos por las leyes 10 de 1934 y 6º de 1945. En efecto, ya hemos visto que por la primera el derecho se reconocía sólo a quienes fueran despedidos de sus empleados injustamente, o no se hubieren retirado voluntariamente de ellos. Y también se vió que, según la ley 6ª, cuando la terminación del contrato se fundaba en mala conducta, el auxilio podrá perderse hasta el último lapso inferior a tres años, la ley 65 de 1946, al introducir la locución " cualquiera que se le cursa del retiro", dió a esta prestación el verdadero carácter de un salario diferido, pues jurídicamente hizo de ella un derecho adquirido, reconocible por la sola razón del trabajo cumplido. Se efectúo así un notable paso de avance en la protección social y por la necesidad de dar a la prestación el lógico desarrollo que su naturaleza exigía.

Podemos añadir que por primera vez se establece que la cesantía debe pagarse no solamente en base del salario fijo, sino también teniendo en cuenta todo lo que se perciba como retribución de servicios prestados, se empieza a reconocer lo que conocemos con el nombre de salario promedio, y con el cual se pagan todas las prestaciones, primas, vacaciones, etcétera.

A partir de esta ley el auxilio de cesantía no ha tenido variaciones fundamentales en cuanto tiene que ver con los trabajadores del sector privado, lo que no puede predicarse en lo relacionado con los trabajadores del sector oficial, a quienes, como podemos apreciar en este trabajo, se les vulnera ese derecho adquirido por decretos posteriores.

1.3. FUNDAMENTACION SOCIOLOGICA DE SU CREACION

En primer lugar el auxilio de cesantía tuvo un carácter indemnizatorio, ya que como lo pudimos ver en los apartes anteriores, lo recibían únicamente aquellos trabajadores que hubieren sido despedidos en forma injusta de sus empleos, el legislador le dió ese nombre pero en realidad es lo que hoy conocemos como indemnización por despido injusto. En todo caso el legislador quiso darle una protección social al trabajador que perdía su fuente de sustento no en forma voluntaria o por mala conducta, de tal manera que le sirviera o paliara de algún modo su nueva situación de cesante, desempleado. Claro está que en sus inicios fué un auxilio descriminatorio por cuanto sólo eran acreedores a él los empleados particulares, es decir, aquellos cuya ocupación o cuya labor fuera predominante de carácter intelectual, dejando por fuera de este auxilio a los obreros, quienes eran quizás los

que más necesitarán de este auxilio, por su escasa formación académica, en muchos casos analfabetos, la capa más baja de la población colombiana, podemos decir que fué un auxilio de tipo elitista, aunque hay que reconocer que el legislador posteriormente reconoció su error o falta de sensibilidad social y extendió este auxilio para todos los trabajadores fueran estos empleados u obreros. Hay que tener en cuenta que éstas concesiones no fueron gratuitas, no fueron un acto de liberalidad de los patronos, representados en los legisladores del momento, sino que fueron consecuencia de presiones de las organizaciones obreras, de los sindicatos que en esos momentos se estaban formando y tomando fuerza como núcleos sociales a quienes había de tranquilizarlos conociéndoles a sus bases algunas prestaciones sociales, algunas garantías de tipo económico.

La fundamentación sociológica de la cesantía hay que buscarla en el hecho de que al quedar cesante el empleado particular, en primer lugar y después todos los trabajadores particulares y oficiales deberían tener una base económica para poder subsistir ellos con sus familias mientras consiguieran otro empleo, esa base económica sería la cesantía. Qué uso harían de ese auxilio económico?. El legislador no se preocupó en reglamentarlo y tampoco sería fácil hacerlo. Por tanto el trabajador al recibir

ese auxilio podrá malversarlo , dilapidarlo y no preveer las necesidades más inmediatas de alimentación y vestido para su familia. Y eso puede suceder hoy día por cuanto el Estado no ha implantado un control para el buen uso de ese auxilio por los cesantes. Lo que no sucede en Venezuela donde el Estado ha implementado un sistema de fideicomiso para las prestaciones sociales, entre ellas- las cesantías, por medio del cual el trabajador hace un acuerdo con una entidad bancaria o financiera para que reciba directamente de la empresa lo que le corresponde por cesantías y demás prestaciones sociales y entre a pagarle un dividendo por el uso de este dinero a quien el trabajador estipule que debe recibirlo, que se supone debe ser la familia inmediata es decir, la esposa, los hijos etcétera.

1.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA CESANTIA

1.4.1. Teoría del salario diferido. Esta es una teoría defendida por varios tratadistas y da a la cesantía un carácter de salario diferido, es decir que constituye una parte del sueldo o salario que es descontado durante la permanencia del trabajador y que al terminar la relación laboral le es pagada. Se trata de una parte de salario que se le entrega al trabajador cuando se cumpla una condición resolutoria, cual es, la de la terminación del contra-

to o en forma más genérica, cuando se termine la relación laboral.

Quienes sostienen esta teoría se basan en sostener que solo existe este auxilio, en los países donde los salarios son bajos y para compensar éstos bajos salarios, el Estado ha implantado este auxilio económico.

1.4.2. Premio a la fidelidad. Según ésta teoría la cesantía es un premio a la colaboración y a la antiguedad de servicios prestados por el trabajador. Se cuestiona esta teoría argumentando que no solo a los trabajadores que han prestado sus servicios por varios años se les debe pagar este auxilio, sino también a los que solo trabajan por un corto tiempo en una empresa o entidad oficial.

1.4.3. Mayor valor de la empresa. Según esta teoría la cesantía corresponde al mayor valor que la empresa alcanza con la actividad del trabajador. Se trataría de un dividendo o participación en las utilidades de las empresas, pero como no en todos los casos las empresas, pero como no en todos los casos las empresas obtienen utilidades no es aceptable esta teoría. Esta teoría parece fundarse en el principio Marxista de la Plusvalía donde la empresa se propia de parte del salario del trabajador y con ella acrecienta las utilidades o ganancias. Pero

si examinamos la teoría de la plusvalía, lo que hace que se llame de este modo es el hecho de que este mayor valor o ganancia que se apropia el patrono, no le es entregada al trabajador al acabarse su vinculación laboral o cumplirse su contrato de trabajo.

1.4.4. Daño de antiguedad. Esta teoría dice que la cesantía es una separación de los perjuicios que se le irrogan al trabajador al obligársele a cambiar de empresa, en la cual ya no podrá invocar la antiguedad ni obtener los beneficios inherentes a ella.

Se argumenta en contra de ella, diciendo que los trabajadores pueden renunciar a su empleo o trabajo con el fin de obtener mejores condiciones de trabajo, mejor remuneración, mayor estabilidad, etcétera. Por tanto en este caso no se justificaría el pago de auxilio de cesantía.

1.4.5. Resarcimiento de daños. Según esta teoría el patrono está obligado a resarcir al trabajador por los daños causados y originados por el despido. No es aceptable por cuanto solo se daría o cumpliría en los casos en que el trabajador sea despedido del trabajo y no en los casos de renuncia voluntaria de éste.

Esta teoría se cumple para las indemnizaciones por despi-

do injusto.

1.4.6. Previsión y asistencia social. Según esta teoría este auxilio tienen un fin solidario y de ayuda. Quiere esto decir que sería fruto de un acto de mera liberalidad de parte de los patronos, lo que no se compadece con nuestra realidad social e histórica por cuanto este auxilio debe pagarse por imperativo legal. Además si se tiene en cuenta que muchos trabajadores no quedan cesantes al retirarse de una empresa, ya que al retirarse de esta ya han firmado contrato con otra empresa y no llegan a quedar realmente cesantes.

1.4.7. Complemento de la indemnización por preaviso. Según esta teoría la cesantía se presenta como un apéndice de la obligación de preaviso, como un plazo suplementario de éste, durante el cual el trabajador despedido guarda el derecho al sueldo, sin tener el deber de prestar el servicio.

1.4.8. Preventivo del paro forzoso. Se presenta la cesantía como un freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal. En otras palabras podría decirse que es una multa o un castigo para el patrono por despedir a sus trabajadores. Tampoco es aceptable por cuanto todos los trabajadores que se desvinculan de

do injusto.

1.4.6. Previsión y asistencia social. Según esta teoría este auxilio tienen un fin solidario y de ayuda. Quiere esto decir que sería fruto de un acto de mera liberalidad de parte de los patronos, lo que no se compadece con nuestra realidad social e histórica por cuanto este auxilio debe pagarse por imperativo legal. Además si se tiene en cuenta que muchos trabajadores no quedan cesantes al retirarse de una empresa, ya que al retirarse de esta ya han firmado contrato con otra empresa y no llegan a quedar realmente cesantes.

1.4.7. Complemento de la indemnización por preaviso. Según esta teoría la cesantía se presenta como un apéndice de la obligación de preaviso, como un plazo suplementario de éste, durante el cual el trabajador despedido guarda el derecho al sueldo, sin tener el deber de prestar el servicio.

1.4.8. Preventivo del paro forzoso. Se presenta la cesantía como un freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal. En otras palabras podría decirse que es una multa o un castigo para el patrono por despedir a sus trabajadores. Tampoco es aceptable por cuanto todos los trabajadores que se desvinculan de

una empresa no lo hacen por ser despedidos, ya que algunos se retiran voluntariamente, y no obedece su desvinculación al deseo del empleador de disminuir personal.

1.4.9. Teorías mixtas. Hay algunos tratadistas que asignan a ésta prestación un carácter mixto, reconociendo su naturaleza de resarcimiento de daños a recompensar la estabilidad en la empresa. Compensa el daño generalmente causado por el licenciamiento del personal; y en cuanto se liquida teniendo en cuenta la antiguedad de la empresa, participa de la teoría que habla del premio a la fidelidad o antiguedad en la empresa, y además representa para el patrono una iniciativa de previsión de carácter obligatorio.

Para otros tratadistas la cesantía como indemnización por despido participa tanto del resarcimiento de los daños causados al trabajador, y de la previsión y asistencia social, como integra un complemento de la indemnización por preaviso.

Y para algunos otros la cesantía como indemnización por antiguedad en el servicio ha sido instituida por el legislador con fines de previsión, para remediar en parte la desocupación a que puede ser llevado el empleado u obrero que queda cesante, teniendo en cuenta las difi-

cultades con que tropieza un trabajador para encontrar una nueva ocupación en condiciones análogas a las que pierde; tiene, además, carácter de retribución suplementaria por el trabajo realizado en beneficio del patrono durante la prestación de sus servicios; es, pues, una retribución diferida.

1.4.10. Teoría de la compensación adicional. El auxilio de cesantía es una compensación adicional que la ley reconoce al trabajador por los servicios prestados a otra persona en determinado período de tiempo.

Se trata en efecto, de una compensación que la ley reconoce al trabajador por los servicios que ha prestado a otra persona, porque evidentemente solo se reconoce en virtud de esos servicios. Si no se ha prestado un servicio, no existe la posibilidad de que ese auxilio se reconozca. En este sentido es compensación. No lo sería, en cambio, si un patrono decidiera cualquier día entregar determinada suma de dinero a una persona que nunca le ha estado subordinada laboralmente.

Y es adicional, porque se reconoce, además del salario y de otras prestaciones de carácter indemnizatorio, que también se satisfacen en dinero en efectivo, como son las que se originan con ocasión de un accidente de traba-

jo, una enfermedad profesional, o de las que corresponden a la ruptura unilateral sin justa causa del contrato de trabajo.

Sin temor a equivocación la última teoría es la que puede aplicarse a la cesantía en la Legislación Colombiana, aunque a simple vista parecería que la doctrina aceptable sería la del salario diferido, pero en vista de lo dispuesto en el art. 128 del C.S. del T. que le niega el carácter de salario a las prestaciones reglamentarias en los títulos VIII y IX del mismo Código, se ve que dichas prestaciones participan de la naturaleza del seguro, pues amparan al trabajador de los distintos riesgos a que a ellas se refieren, como enfermedad, accidentes, incapacidad, vejez y muerte. La cesantía protege al trabajador contra el riesgo de desempleo y es el resarcimiento implícito de ese riesgo.

Y según algunos tratadistas la cesantía es un capital, a diferencia del salario que se considera una renta. Además en la legislación colombiana la cesantía está libre de impuestos y no es embargable.

1.5. CLASES DE CESANTIA

1.5.1. Cesantía parcial. El legislador ha previsto dentro

de la reglamentación general del pago del auxilio de la cesantía, una llamada cesantía parcial. La cesantía se entrega al trabajador del sector particular o al empleado del sector oficial, para unos determinados propósitos o motivos, ya previstos por el legislador. Sobre este punto de la cesantía parcial, existen las siguientes normas: La ley 6ª de 1945, artículo 13, parágrafo 5º inciso 2º.

" Si se liquidaren parcialmente (las cesantías) los patronos perderán las sumas que hayan dado a sus trabajadores por este concepto, sin poder repetir lo pagado. Sin embargo, para adquirir la casa de habitación o para liberarla de gravámenes, el trabajador tiene derecho a que se le haga la liquidación parcial".

Esta norma fué reglamentada por el Decreto 2755 de 1966.

Artículo 1º. Anticipos o liquidaciones parciales de cesantías para los trabajadores oficiales (empleados y obreros) solamente se decretan en los siguientes casos:

1. Para la adquisición de su casa de habitación.
2. Para la liberación de gravámenes hipotecarios que afectan la casa de habitación de su propiedad, o de su cónyuge y se hayan constituídos para satisfacer el pago total

o parcial del precio de la misma.

3. Para reparaciones y ampliaciones de su casa de habitación o la de su cónyuge.

Este Decreto también reglamenta la forma de tramitar el pago de ésta prestación, la documentación requerida para acreditar que su inversión se hará en la casa de habitación.

Art. 2. Requisitos. Es procedente decretar la cesantía parcial cuando se satisfagan los siguientes requisitos:

1. Para la adquisición de casa de habitación. El trabajador deberá presentar ante la entidad de previsión social o entidad pagadora de prestaciones sociales, el contrato de promesa de venta extendido en forma legal y debidamente autenticado ante el notario, el certificado original de registrador de instrumentos públicos y privados sobre propiedad y libertad del inmueble materia del contrato y declaraciones rendidas bajo juramento ante el Jefe de División Legal de la Caja Nacional de Previsión Social o ante el funcionario que haga sus veces en las otras entidades, en la que los contratantes hagan constar que es cierto y verdadero en todas sus partes el respectivo contrato de promesa de venta. Con base en éstos documentos, la respectiva entidad de previsión social y pagadora

de prestaciones sociales hará el reconocimiento de la cesantía parcial y exigirá para su pago al vendedor del inmueble la presentación de la correspondiente cuenta de cobro, acompañada de la copia de la escritura pública debidamente registrada, documentos que se incorporarán al expediente previos los controles fiscales.

2. Para la liberación de gravámenes hipotecarios que afecten la casa de habitación de su propiedad, o de propiedad de su cónyuge, el trabajador deberá presentar copia de la escritura pública, debidamente registrada, por medio de la cual se constituyó el gravámen hipotecario, con la única y exclusivamente finalidad de satisfacer el pago parcial o total del inmueble hipotecado y certificado original de su propiedad expedido por el registrador de instrumentos públicos y privados respectivos, en el cual se incluya información de la cuantía del crédito que pese sobre la propiedad.

Con fundamento en éstos documentos se hará el reconocimiento de la cesantía parcial y su pago se efectuará por medio del respectivo registrador de instrumentos públicos y privados, una vez que se haya cancelado el crédito hipotecario y cumplido el registro de la escritura que se dé fé de dicho pago.

3. Para reparación y ampliación de su casa de habitación o la de su cónyuge. El trabajador deberá presentar el certificado original de registrador de instrumentos públicos y privados sobre propiedad del inmueble; copia debidamente autenticada ante notario, del contrato suscrito por el trabajador con un Ingeniero o Arquitecto legalmente matriculado, o con un constructor práctico matriculado legalmente, en donde no hubieren aquellos profesionales, circunstancias ésta que se acreditará con certificado de la primera autoridad política del lugar, de las especificaciones de la obra por realizar, su necesidad o conveniencia y su costo.

El trabajador interesado o el profesional o el práctico contratista, deberá declarar bajo juramento ante juez competente, que dicho contrato es cierto y verdadero en todas sus partes. En todos los casos, la entidad reconocedora, antes de decretar la prestación deberá practicar inspección ocular sobre el inmueble con el fin de comprobar la necesidad o conveniencia de las obras.

Con base en éstos documentos se hará el reconocimiento de la prestación solicitada y el pago se efectuará de conformidad con los plazos señalados en el respectivo contrato de confección de obras.

PARAGRAFO: En todos los casos será necesario presentar los certificados de tiempos de servicios con la especialización de los cargos desempeñados y sueldos o salarios devengados y descuentos por aportaciones legales con destino a las entidades de previsión social o entidades pagadoras de prestaciones sociales.

Artículo 3. Para los efectos de reconocimientos y pagos de cesantías parciales con destino al Instituto de Crédito Territorial y al Banco Central Hipotecario por razón de adjudicación de viviendas, solamente se requerirá la constancia de esas entidades sobre la respectiva adjudicación, acompañada de las especificaciones del caso.

Como se puede apreciar los requisitos para la liquidación y posterior entrega de la cesantía parcial son bastantes complejos y dispendiosos, ya que lo que se pretende por parte del legislador es que ésta prestación o auxilio sea entregado únicamente en los casos de retiro del trabajador de la entidad donde presta sus servicios.

El decreto 337 de 1980 autoriza los anticipos a las cesantías para la suscripción de cédulas de capitalización con destino a la compra de vivienda o su financiación.

"Artículo 1. Anticipo de cesantías. Para inversión en

cédulas de capitalización. Facúltese a los trabajadores particulares como a los empleados oficiales para exigir a sus respectivos empleadores o a la correspondientes entidades de previsión social o al fondo nacional del ahorro, en su caso, que les liquicen anticipos de cesantía con destino a la suscripción y pago de cédulas de capitalización emitidas por el Banco Central Hipotecario y cuyos productos deban destinarse a las finalidades previstas en los Decretos 2755 de 1966 y 2076 de 1967 y en el Decreto 3118 de 1968.

Artículo 2. La cédula de capitalización a que se refiere el presente decreto podrán emitirse por cualquier valor nominal no menor de $12.000 pesos; serán nominativas y de cuota única ; no podrán negociarse ni darán derechos a préstamos prendarios. Al vencimiento de las cédulas sus productos reivertirá automáticamente en otra u otras cédulas, de las mismas características. Su tasa de interés técnico no será inferior a la tasa de interés técnico más alta que reconozca el banco en sus planes de capitalización. Las cédulas participarán en el esquema de sorteos periódicos especificados en el respectivo reglamento".

De la normatividad jurídica que se transcribe se deduce la finalidad que persigue el legislador con las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía, cual es, la

de asegurarle al trabajador que la recibe la adquisición de sus vivienda, la reparación o ampliación de la misma o la suscripción de cédulas de capitalización con destino a compra o financiación de vivienda.

1.5.2. Cesantía total. La cesantía total como su nombre lo indica es la que se entrega al trabajador o empleado oficial al terminar la relación laboral con cualquiera de las entidades o empresa donde ha prestado sus servicios personales.

Se pueden presentar varias circunstancias por las cuales se rompe la relación laboral entre el trabajador y la empresa o entidad para la cual este prestando sus servicios, éstas circunstancias son las siguientes:

1. Retiro voluntario, puede ser por renuncia o por aceptación de una pensión sea ésta de jubilación o de vejez.

2. Por retiro forzoso, por destitución. Ya sea en el caso de los empleados públicos vinculados a la entidad nominadora por una relación laboral legal y reglamentaria o por declaración de insubsistencia en su cargo o empleo. Por destitución en el caso de los trabajadores oficiales vinculados a la entidad por un contrato de trabajo.

3. Por terminación de contrato de trabajo, en los casos de los trabajadores oficiales que tienen un contrato de trabajo a término fijo o determinado.

4. Por muerte del trabajador estando vigente el vínculo laboral, ya sea este legal y reglamentario o por contrato de trabajo. En este caso la cesantía no se entrega al trabajador, obviamente, porque ya no puede recibirla, sino a sus herederos o causahabientes.

5. Cuando el trabajador, contra su voluntad, entre a disfrutar de una pensión por incapacidad permanente total, parcial, etcétera.

La cesantía total se ve disminuída en los casos en que el trabajador haya solicitado anticipos de ésta para los casos contemplados y reglamentados para entrega de cesantía parcial, es decir, que al hacer el cómputo de la cesantía que le habría de corresponder por todo el tiempo de servicio, se descuentan las sumas entregadas como anticipos de cesantías en todo el tiempo de servicios del trabajador.

1.5.3. Cesantía congelada. Por medio del Decreto Extraordinario 118 de 1957 se congeló las cesantías de los trabajadores particulares y de los trabajadores de las empresas públicas descentralizadas. Se ordenó la conge-

lación el día treinta de junio de 1957, en consecuencia en esa fecha se procedió a su liquidación según las normas vigentes a esa fecha y no serían exigibles sino en los casos establecidos en la ley.

Quiere decir esto, que si una persona llevaba trabajando en una empresa o entidad descentralizada del Estado, por ejemplo, cinco años, en esta fecha se le liquidaba la cesantía como si se terminara el contrato de trabajo y a partir del 1º de Junio de 1957 empezara a regir otro nuevo contrato. Con este Decreto se empezó a desmontar lo tan anhelado hoy en día por los empresarios en general, es decir la retroactividad de las cesantías.

Afortunadamente esta medida fué transitoria, ya que sólo rigió hasta el 31 de diciembre de 1962, empezando en ésta fecha un nuevo régimen sobre cesantías en cuanto hace a los trabajadores particulares.

Posteriormente y ya específicamente para los empleados oficiales, por medio del Decreto Ley 3118 de 1968 se implanta el sistema de liquidaciones anuales, quedando ésta liquidación en forma definitiva, lo que equivale a congelar nuevamente las cesantías.

Artículo 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario,

contados a partir del 1º de Enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán las cesantías que anualmente se causen en 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 el trabajador.

Esta norma es aún más lesiva del derecho que tienen los empleados oficiales a percibir su auxilio de cesantía, ya que se está tratando al trabajador como si los contratos fueran anuales.

Se abolió con este Decreto la retroactividad de la cesantía para este sector de la población laboral.

1.5.4. Cesantía acumulada. Se entiende por cesantías acumuladas las sumas de las congelaciones anuales que efectúa el Fondo Nacional del Ahorro y sobre la cual liquida intereses del 12%.

El Decreto 3118 en su artículo 33 establece el pago de intereses a las cesantías de los trabajadores oficiales.

El texto es el siguiente:

Art. 33. Intereses en favor de los trabajadores. El Fondo Nacional del Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del 9% 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.

Esto quiere decir que el Fondo Nacional del Ahorro deben sumar las cantidades que se liquiden anualmente y que las entidades afiliadas giren al fondo, es decir, acumular y sobre éstas cesantías acumuladas liquidar los intereses de que habla el Decreto 3118 en su artículo 33, el cual fué reformado por la Ley 41 de 1975 elevando ese interés del 9 al 12%.

1.6. FACTORES QUE SE TIENEN EN CUENTA PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIAS

La ley 65 de 1946 en su artículo 2º nos da una pauta para saber qué factores integran las cesantías.

EL artículo 2. Para liquidar el auxilio de cesantías a

quienes tengan derechos los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo sino lo que perciba a cualquier título y que implique indirecta o directamente retribución ordinaria y permanentes de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etcétera.

El Decreto 1045 de 1978 de abril 20, en su artículo 45 señala lo siguiente:

Artículo 45. De los factores de salarios para la liquidación de cesantías y pensiones.

Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salarios:

1. La asignación básica mensual.
2. Los gastos de representación y la prima técnica.
3. Los dominicales y feriados

4. Las horas extras

5. Los auxilios de alimentación y transporte

6. La prima de navidad

7. Las bonificaciones por servicios prestados

8. La prima de servicios

9. Los viáticos que reciben los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a 180 días en el último año del servicio

10. Los incrementos salariales por antiguedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 110 de 1978.

11. La prima de vacaciones

12. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornadas nocturnas o en días de descanso obligatorio

13. Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del Decreto 3130 de 1968.

La anterior es la normatividad que se tiene en cuenta para la liquidación de las cesantías de los empleados es decir, las cesantías aunque no son salarios se liquidan en base al salario promedio del trabajador. En similar circunstancias se encuentra el auxilio de cesantías para los trabajadores del sector privado, en cuanto hace a sus factores para la liquidación.

Aunque el artículo 249 del C. S.T. sólo habla de un mes de salario por cada año de servicio, en el art. 127 se define lo que constituye salario:

Artículo 127. Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie y que implique retribución de servicios sea cualquiera la forma o denominación que se adopten, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participaciones de utilidades.

1.7. QUIEN DEBE PAGAR LAS CESANTIAS?

En primer lugar como el tema desarrollado en ese trabajo es el del pago de las prestaciones, intereses a las cesantías a trabajadores y empleados del sector público no vinculados al Fondo Nacional del Ahorro, es obvio que es la entidad nominadora quien debe pagar ésta prestación o auxilio en forma directa.

En términos generales la cesantía debe pagarla la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales a sus trabajadores.

Aquellas entidades vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro y que liquidan y entregan anualmente las cesantías al Fondo, han transferido ésta obligación de pagar las cesantías y por ende los intereses que devengarían éste auxilio.

Las entidades del orden nacional o regional que fueron eximidas de su vinculación al Fondo, por contar con programas de vivienda o préstamos a sus trabajadores para la adquisición de vivienda con base en este auxilio, están obligadas a pagar este auxilio en forma directa a sus trabajadores.

También existen cajas de previsión social del orden departamental y municipal que pagan las prestaciones sociales y las cesantías de los trabajadores oficiales y empleados públicos del orden municipal y departamental.

A partir de la vigencia de la ley 33 de 1985, las entidades oficiales vinculadas a la Caja Nacional de Previsión y que dicha caja venía pagando la cesantía a los trabajadores de esas entidades, deberán pagar directamente las cesantías a sus servidores.

2. LOS EMPLEADOS OFICIALES

2.1. CLASES DE EMPLEADOS OFICIALES

El término empleado oficial es genérico, en él se agrupan tanto los empleados públicos como a los trabajadores oficiales.

El Decreto 1848 de 1969 que reglamenta el Decreto 3133 de 1968 los define:

Artículo 1. Empleados oficiales. Definiciones. 1. Se denomina genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y sociedad de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la

administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

2.1.1. Los empleados públicos. El mismo Decreto 1848 de 1968 establece claramente la diferencia entre empleados públicos y trabajadores oficiales en su artículo 2:

Artículo 2. Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales son empleados públicos.

2. Son también empleados públicos las personas que laboran al servicio de empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, en actividades de dirección y de confianza.

La diferencia fundamental entre los empleados públicos y trabajadores oficiales, la establece el hecho de estar vinculado con la entidad por una relación legal y reglamentaria, los empleados públicos. Quiere decir esto que los empleados públicos son nombrados por un Decreto o una Resolución y del mismo modo deben ser desvinculados del servicio, por un Decreto o una Resolución emanada por la misma autoridad que hace el nombramiento.

2.1.2. Los trabajadores oficiales. El Decreto 1848 de 1968 en su art. 3º especifica claramente quienes tienen la calidad de trabajadores oficiales entre las personas que laboran en el sector oficial.

Art. 3º. Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales. Los siguientes:

1. Los que prestan los servicios a las entidades señaladas en el inciso 1º del artículo 1º de este Decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras, y

2. Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, con excepción del personal directivo y de confianza que trabaje al servicio de dichas entidades".

La nota característica y fundamental de los trabajadores oficiales es la que su vinculación laboral con las entidades a las cuales prestan s.s servicios se basa en un contrato de trabajo, aunque según varias sentencias de la Corte, no se trata propiamente de un contrato de tra-

bajo, sino de una ficción de contrato. Además hay casos en los cuales los trabajadores han sido vinculados inicialmente con la entidad oficial por medio de una resolución y posteriormente han sido declarados como trabajadores oficiales, por tanto su iniciación fué como empleados públicos y posteriormente fueron clasificados como trabajadores oficiales.

3. EL FONDO NACIONAL DE AHORRO (FNA)

3.1. OBJETIVOS DE SU CREACION

En las legislaciones ordinarias de 1968 y 1969, el Gobierno presentó a la consideración del Congreso, un importante proyecto de ley que transformaba completamente e sistema de reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, mediante un mecanismo institucional, de carácter especial, denominado Fondo Nacional del Ahorro, constituído a base de las cesantías acumuladas y futuras de los trabajadores de los sectores público y privado. El proyecto que tuvo una recia oposición por parte de empresarios y organizaciones sindicales, no alcanzó a ser ley. Pero simultáneamente y mediante la ley 65 de 1967, el Presidente de la República fué investido de facultades extraordinarias para reorganizar la administración pública, incluyendo dentro de ella lo concerniente al régimen de prestaciones y garantías sociales de los trabajadores del sector público del orden nacional, aprovechó tal coyuntura para implantar en dicho sector, con excepción de la rama juris-

diccional y del Ministerio Público, lo ya propuesto al Congreso en relación con el sector privado.

Los objetivos del proyecto de ley no pasó los debates y finalmente no se convirtió en ley, pero que sirvieron de base al gobierno para dictar el Decreto 3118 de 1968 eran los siguientes:

Primero: Promover la formación de un fondo de ahorro que puede suministrar crédito no inflacionario para la construcción y para otras inversiones de desarrollo económico y social.

Segundo: Facilitar a los trabajadores del sector público y del privado la adquisición de vivienda propia.

Tercero: Garantizar el pago oportuno del auxilio de cesantía de los trabajadores, tanto en el sector público como en el privado, y cubrir sobre las cesantías ya causadas y las que se vayan a causando en el futuro, un interés que defienda su valor real y aumente el monto del ahorro por ellas representado.

La exposición de motivos de éstos objetivos pueden servir para ilustrar las intenciones del legislador al dictar el Decreto 3118 de 1968, transcribimos parte de esa exposi-

ción de motivos de los objetivos segundo y tercero.

Segundo: La construcción de vivienda, su adquisición o la de lotes para construir y la liberación de gravámenes de una y otro, se vienen cumpliendo hasta ahora, teóricamente, es muy alta proporción, y en los referente al sector asalariado oficial y privado, a través del auxilio de cesantía, bien por el sistema de liquidación parcial, del auxilio de cesantía, ora utilizando el valor de la liquidación definitiva, y ello mediante relaciones privadas directas e individuales entre el trabajador y el Estado o el patrono privado respectivo . Ocasionalmente este sistema se ha combinado o complementado con los de crédito corriente de entidades como el Banco Central Hipotecario o el Instituto de Crédito Territorial. Excepcionalmente se ha empleado para el sistema de " planes" colectivos previstos por las leyes vigentes y ello sólo en muy pocas empresas de muy grandes capitales. Siendo la finalidad inobjetablemente buena, ha presentado en la prática serias restricciones provenientes de:

1. La limitación del suministro parcial a lo adquirido por el trabajador como resultado del tiempo de su relación jurídica, en relación con el valor del bien por adquirir.

2. La carencia de recursos complementarios con los cuales

el trabajador pueda atender cabalmente el valor de la adquisición.

3. Las dificultades de crédito privado u oficial para trabajadores de medianos y bajos ingresos, por carencia de bienes de respaldo o garantía.

Loa anterior, agregado a la limitación de los fines de la cesantía parcial, ha producido dos efectos graves: la carencia de habitación para un sinúmero de trabajadores y el nacimiento y desarrollo del fraude orientado hacia la satisfacción de otras necesidades primordiales de ellos, con el pretexto de vivienda o lotes que jamás pudieron conseguirse. En cuanto al primer aspecto, el proyecto cubre satisfactoriamente este vacio, pues se trata de organizar un amplio y colectivo sistema de crédito para " facilitar" a los trabajadores del sector público y del privado la adquisición de vivienda propia", y no necesariamente para operaciones individuales limitadas exclusivamente a lo que cada cual posea por concepto de cesantía adquirida. Se cambia, pues, el sistema de " una cesantía para un trabajador", por el de " la cesantía de todos para el servicio de todos", lo que implica un avance de extraordinaria significación. Y ello sin desconocer en modo alguno el derecho particular del titular de un auxilio de cesantía, el cual se le pagará rigurosamente

de conformidad con las leyes vigentes y con lo que disponga el proyecto comentado, en el momento mismo en que terminen la relación de trabajo, sean ella privada u oficial. Pagos que se harán, el parcial y el definitivo, con la adición legal del interés correspondiente, que se mencionó antes y que mantiene el proyecto.

Tercera: A pesar de las garantías teóricas que las leyes vigentes establecieron para asegurarse de que la cesantía se pagara a la terminación de los contratos de trabajo o de la relación de derecho público, según el caso, no hay duda de que los trabajadores oficiales han llevado la peor parte en la desilusión. El sector privado se encuentra bien protegido, primero, porque el paso de los años ha enseñado a los patronos a pagar satisfactoriamente las prestaciones todas y en general las acreencias laborales, a la terminación del contrato; y además, porque la fuerte sanción de los salarios caídos (art. 65. C.S.T) en cuya aplicación la jurisprudencia ha sido muy severa, ha gravitado sobre ellos desde hace veinte años como una amenaza cuyos riesgos son muy problemáticos. Y aunque todavía quedan zonas renuentes puede asegurarse que son las menos numerosas. Esto en cuanto a la cesantía definiva, porque acerca de la parcial, no sólo no hay dificultades para su pago dentro del mecanismo de las relaciones internas obrero-patronales, sino que aún muchos empresa-

rios han sido más allá de las permisiones de la ley, auspiciando el uso del auxilio para fines que, como antes se dijo, aunque justo, no están autorizados. Los trabajadores oficiales en cambio, han venido siendo víctimas de todas las dificultades y tropiezos que desde su fundación han asediado a la Caja Nacional de Previsión; y no es exagerado afirmar que, quizás con la excepción de sus primeros años de funcionamiento, la Caja nunca pudo pagar a tiempo las cesantías parciales ni las definitivas, con lo cual la finalidad de unas y otras se han visto seriamente amenazadas. Es cierto que para las zonas de la administración vinculadas a sus trabajadores por un contrato laboral, existe la defensa de los salarios caídos después de los 60 días de terminado el contrato, según un antiguo Decreto reglamentario dictado por el Presidente Ospina Pérez y su Ministro de Trabajo Evaristo Sourdis. Pero la verdad escueta es que a pesar de éste factor apremiante y compulsivo, no se han logrado los progresos que se señalaron en el sector privado, tanto por las dificultades judiciales en la obtencióne la condena adicional como por la imposibilidad física de lograr un funcionamiento ágil de la Caja Nacional de Previsión en éste campo.

No puede, pues, ocultarse ni disminuirse el beneficio que resultará para los dos asalariados del hecho, o mejor, de la garantía de que haya un organismo especialmente

doctado, y en parte exclusivamente dedicado a pagar oportunamente los auxilios de cesantías en las dos modalidades permitidas por la Ley. Si a ello se agrega que como lo dice el proyecto " las cesantías ya causadas y las que se vayan causando en lo futuro" devenguen un interés que defienda su valor real y " aumente el monto del ahorro por ella representado", se tiene un cuadro de mejoramiento sobre la institución, de notable progreso para los trabajadores".

Como comentario obligado hay que hacerle a ésta exposición de motivos de la ley que no logro salir avante, pero que el gobierno aprovechando unas facultades extraordinarias, decretó su creación, es la de que lo mismo que criticaba el ponente sobre la dificultad que tenían los trabajadores oficiales para que sus prestaciones sociales les fueran entregadas, por parte de la Caja Nacional de Previsión, está acaeciendo ahora mismo con el Fondo Nacional del Ahorro, ya que éste ente del orden nacional no ha cumplido con los objetivos positivos que se esperaban debían cumplir, aunque sí con los negativos, el cual uno de ellos es la de congelar las cesantías de los trabajadores oficiales. En esa época se cuestionaba el funcionamiento de la Caja para entregar oportunamente las cesantías tanto parciales como definitivas , pero lo mismo está ocurriendo hoy en día con el Fondo Nacional del Ahorro

y haciendo aún más gravosa la situación para sus afiliados, eliminando la retroactividad de las cesantías y dejándolo en desigualdad de condiciones frente a los trabajadores del sector privado, a quienes si se les liquida la cesantía con retroactividad, es decir, descongeladas, además se les entrega los intereses sobre el saldo que tenga cada trabajador el 31 de diciembre de cada año, por concepto de cesantías.

Los objetivos que según el gobierno debe cumplir el Fondo Nacional del Ahorro son los siguientes:

Artículo 2. Objetivos. En la administración del fondo se tendrán en cuenta los objetivos que a continuación se enumeran, los cuales servirán también como criterio de interpretación de las disposiciones del presente Decreto:

1. A pagar oportunamente el auxilio de cesantías a empleados públicos y trabajadores oficiales.

2. Proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador.

3. Contribuir a la solución del problema de vivienda de

los servidores del Estado.

4. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios.

5. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistema adecuado y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto y ;

6. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social.

De la comparación de los objetivos, del proyecto de Ley que no pasó los debates de la oposición de los empresarios y de las centrales obreras, y de los objetivos finalmente aducidos por el ejecutivo en la expedición del Decreto Ley 3118 de 1968 por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se deduce que el gobierno remota parte de ello para el proyecto de ley original, pero aplicándolos únicamente para los trabajadores oficiales y los empleados públicos, dejando de lados los trabajadores del sector privado.

Así como la exposición de motivos el ponente del Proyecto de la Ley criticaba la inoperancia e ineficacia de las Caja Nacional de Previsión en cuanto a la oportuna cancelación y liquidación de las cesantías a sus afiliados, lo mismo debe decirse en la actualidad del Fondo Nacional del Ahorro, que como todo ente oficial, solo sirve para calmar apetitos burocráticos de los jefes políticos de turnos.

3.2. ENTIDADES OFICIALES OBLIGADAS A AFILIARSE

Según lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968 en su artículo 3 están obligadas a afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, o a liquidar y entregar las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional.

En el caso de que las sociedades de economía mixta tengan en su capital una participación estatal mayor del 90% se regirán por las normas que gobiernan a las empresas industriales y comerciales del Estado y por tanto estarían obligadas a entregar al Fondo las cesantías de sus trabajadores.

Además de éstas entidades podrán afiliarse o vincularse al Fondo, previa autorización de la Junta Directiva, las sociedades de economía mixta, cuya participación estatal no sea mayor del 90% del orden regional, lo mismo que los departamentos,municipios y entidades descentralizadas del orden regional.

Hay que hacer claridad, en cuanto existen organismos estales, que a pesar de estar obligados a liquidar y entregar las cesantías de sus trabajadores por estar encuadrado dentro del Decreto, han sido eximidos de vincularse al Fondo por contar con programas de vivienda, previa solicitud elevada ante la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro.

4. LOS INTERESES A LAS CESANTIAS

4.1. INTERESES LIQUIDADOS POR EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO

El Decreto Ley 3118 de 1968 en su artículo 33 ordena liquidar y abonar en cuenta intereses a las cesantías, en cumplimiento de uno de sus objetivos en el cual pretende proteger el auxilio de cesantías contra la depreciación monetaria.

Estos intereses que el legislador ordena liquidar y abonar en cuenta fueron decretados para paliar en alguna forma el sarpaso que se le dió a sus cesantías, al arrebatarle un derecho adquirido, el cual era el de la retroactividad.

Aunque el Decreto 3118 fué acusado ante la Corte Suprema de Justicia de inconstitucional , ya que según la parte demandante se violaban algunos derechos adquiridos de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos, en cuanto tenía que ver con las prestaciones sociales,

la Corte falló declarando la exequibilidad del Decreto es decir, que estaba ajustado a la constitución nacional y que no violaba ningún derecho adquirido. La razón fundamental de su fallo estaba en que según la Corte no se desconía el principio de los derechos adquiridos por cuanto no se ordenaba en el Decreto el congelamiento de las cesantías causadas antes de la expedición del Decreto, sino la que se causaren en el futuro, es decir, que como lo que se entraba a desmejorar era lo futuro, con ello no se vulneraba ningún derecho adquirido.

Tal vez la demanda de inexequibilidad estuvo mal enfocada, insuficientemente fundamentada y la Corte aprovechó esa circunstancia para declarar su exequibilidad. Sin tratar de entrar a corregir las sapiencias de los magistrados, aunque no se vulnere los derechos adquiridos ya causados, si se vulneraron los derechos adquiridos a seguir percibiendo las cesantías con su efecto retroactivo, como lo es para los demás trabajadores del sector privado. Hay que analizar la filosofía de la creación del auxilio de cesantía para darse cuenta que ella fué instituida para darle al trabajador cesante un medio, un pequeño capital de trabajo para que pudiera sobrevivir o subvenir sus necesidades más apremiantes, tanto las de él como persona, como las del mismo como cabeza de familia, no importando

la forma de utilización de éste auxilio por parte del cesante, ya que fuera tomando pequeñas cantidades mensuales, en proporción a su anterior salario o sueldo o invirtiendo éste capital en algún negocio que le prorporcionara el equivalente al salario dejado de percibir en su anterior empleo. En el momento inicial de su creación legal el legislador nisiquiera vislumbró la posibilidad que su finalidad en un futuro fuera la de financiación de vivienda. De lo anterior se deduce que la finalidad intrínseca del auxilio de cesantía no es sobre el pasado, sino para el futuro, por tanto lo que trata de proteger ésta prestación social no es una situación o relación laboral ya causada sino una futura relación, o más bien una no relación laboral.

Como se expuso en la definición, cesantía viene de CESARE que significa cesar, dejar de hacer, etcétera. La cesantía es pues, una provisión futura, una provisión para el futuro, claro está que se liquida sobre una relación laboral ya causada, pero su finalidad inmediata es la de proteger para el futuro del trabajador.

De ahí que la tesis expuesta por la Honorable Corte en cuanto que no vulneraba derechos adquiridos, porque no se modificaba la forma de liquidación hasta la vigencia del Decreto, sino que se reformara el sistema de liquidar-

se para el futuro, no es correcta ni muy ajustada a derecho, ni mucho menos a equidad.

Retomando lo expuesto sobre los motivos que tuvo el legislador para darle a la cesantía unos intereses, estos fueron el de tratar de paliar un tanto, la desproporción en que se vería la prestación en comparación a la que recibiría los demás trabajadores del sector privado y los del sector oficial no obligados a afiliarse al Fondo.

Por tanto no puede verse como algo novedoso, ventajoso para el empleado oficial, sino como algo que emascaraba, tapaba lo que en el fondo le era arrebatado, un derecho adquirido.

4.1.1. Primera etapa de 1978 a 1974, 9%. Como se expuso anteriormente en el Decreto 3118 de 1968, que crea el Fondo Nacional del Ahorro, a la vez se establece que éste deberá liquidar y abonar en cuenta intereses, del 9% anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial.

Cada año las entidades obligadas a afiliarse al Fondo deberían entregar las liquidaciones de cesantías de sus trabajadores, por el sistema de congelaciones anuales,

acumulando lo liquidado y entregado cada año por concepto de cesantías al 31 de Diciembre sobre este monto o cantidad se deben liquidar los intereses del 9%, nueve por ciento, cantidad que se abonaría en cuenta especial a favor de cada trabajador.

Se entiende que estos intereses no le serían entregados al trabajador, sino a la finalización de su relación laboral, ya sea por renuncia de su empleo o por tener derecho a disfrutar alguna pensión, ya sea la de jubilación o la de vejez o invalidez.

4.1.2. Segunda etapa desde 1975 hasta la fecha, 12%. La Ley 41 de 1975, diciembre 11, en su artículo 3º dice:

"Art. 3º. El artículo 33 del decreto 3118 del 26 de Diciembre de 1968, quedará 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 y trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gozen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968".

Lo único que cambia es el valor de los intereses que se deben liquidar y abonar por parte del Fondo, el sistema empleado para liquidar las cesantías continúa vigente, es decir, que se seguirá empleando el sistema de congelaciones anuales.

Hay que anotar que para esta fecha ya había sido expedida por el Congreso la Ley 52 de 1975, por la cual se les reconocen intereses a las cesantías de los trabajadores particulares.

4.2. LA LEY 52 DE 1975

Por lo cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particualares.

Art. 1º .- A partir del primero de Enero de 1975, todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al capítulo VII, título VII, parte la del Código Sustantivo del trabajo y demás disposiciones concordante, las reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de Diciembre de cada ño, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantías, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2. Los intereses de que tratra el inciso anterior deberán pagarse en el mes de Enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de Diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado, a título de indemnización y por una sola vez, un valor adicional igual al de los intereses causados.

4. Salvo en los casos expresamente señalados en la Ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán excento de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 116 de 1976, y dispuso además que los patrono deberían informar colectiva o individualmente a sus trabajdores sobre el sistema empleado para liquidar los intereses y además, junto con el pago debería entregarle un comprobante con los siguien-

tes datos:

a. Cantidad total de cesantías tomadas como base para liquidar los intereses.

b. Período de tiempo durante el cual se causaron los intereses.

c. El valor de los intereses liquidados.

4.2.1. Fundamentación sociológica de su creación. Como un vago recuerdo de lo que fueron los intentos de los gobiernos de Lleras Restrepo y Pastrana Borrero sobre un fondo de ahorro que incluía las cesantías del sector privado, y los fondos regionales de capitalización, respectivamente, y ambos caracterizados por el propósito de dar al auxilio una función social sin perjuicio del derecho del trabajador, la Ley 52 de 1975, reconoció unos intereses del 12 por ciento anual a las cesantías particulares. Independientemente de como se consagró el sistema, interesa anotar que la citada ley viene a reconocer sin dilaciones que el auxilio de cesantía constituye una propiedad del trabajador que, a medida que va transcurriendo el contrato de trabajo, va acrecéntandose y quedando en poder del empresario para ser entregada a la terminación de aquel

y excepcionalmente en casos de liquidación parcial. Ahora bien, este tipo de propiedad que así se reconoce y se pone a rentar de ahora en adelante en beneficio de sus dueños, no es otra cosa, de acuerdo con principios admitidos de economía política, que un ahorro de sus trabajadores; lo que viene a demostrar que los esfuerzos de la jurisprudencia durante 20 años para reconocer y consagrar este principio, estuvieron siempre bien encaminados y eran correctos. Aunque después la misma corporación los desconozca, cuando se trata de aplicarlos a los trabajadores al servicio del Estado.

Aquí la aplicación de la teoría sobre la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía planteada por ADAMASTOR LIMA, ALMACHI DINIZ ANSTASE y CESARINO JUNIO "Mayor valor de la empresa" ya que parece fundarse en el principio Marxista de la Plusvalía, por cuanto la cesantía es un capital ya ganado por el trabajador o más bien, según los tratadistas y la jurisprudencia colombiana un derecho adquirido, pero que para el caso, lo llamaremos capital ganandole más dividendos. Es como una parte del salario que no se le entrega sino al finalizar la relaciíon laboral, claro está que en Colombia los tratadistas no aceptan que la cesantía sea un salario diferido, por cuanto el mismo Código establece que la cesantía no es parte del

salario, ni constituye salario.

Los intereses para las cesantías de los trabajadores particulares si son una prestación que mejora las condiciones laborales por cuanto en su creación, o mejor en su establecimiento en favor del trabajador, no se está desmejorando otra prestación ya adquirida, otro derecho adquirido, sino que se establece como complemento de otro auxilio, sin haber entrado el legislador a disminuirlo.

4.2.2. Aplicabilidad de la norma. Esta norma debe aplicarse específicamente a los trabajadores del sector privado. Ya que la titulación de la Ley así, lo enuncia, aunque en su artículo primero se refiera de manera general a todos los patronos que estén obligados a pagar cesantía a sus trabajadores.

El decreto reglamentario de esta ley no hace relación tampoco a que clase de patronos debe aplicarse la ley, de preferencia, volviendo a repetir lo expuesto en su artículo primero y estableciendo que todo patrono obligado a pagar cesantías a sus trabajadores deberá pagar el 12% de intereses sobre los saldos que cada trabajador tenga a 31 de Diciembre de cada año.

Por tanto la norma es muy clara y precisa en cuanto tiene

que ver a su aplicación para los trabajadores del sector privado, no existiendo duda alguna en su exégesis.

Pero podrá aplicarse esta norma a los empleados oficiales no afiliados al Fondo Nacional del Ahorro ? En la práctica se ha hecho, y es así como varias entidades oficiales, sean estas empresas industriales y comerciales del Estado, establecimientos de economía mixta, establecimientos públicos delorden nacional, departamental o municipal e incluso, institutos descentralizados están pagando el 12% de las cesantías a sus servidores, algunas veces en virtud de un acuerdo, convención colectiva entre las entidades y sus trabajadores y en algún caso aislado por aplicación extensiva de esta ley para los empleados oficiales.

4.3. QUE NORMA DEBERA APLICARSE A LOS EMPLEADOS OFICIALES DE ENTIDADES OFICIALES NO AFILIADAS AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA)?

4.3.1. Situación actual. Como se expuso en el aparte anterior hay entidades oficiales no afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro que han aplicado o más bien, han interpretado en forma extensiva la Ley 52 de 1975, y han liquidado los intereses a las cesantías como lo establece esta norma.

Como también existen otras entidades oficiales las cuales

se han negado a interpretar y aplicar la norma comentada, aduciendo las oficinas jurídicas, que no es posible hacer esta interpretación ya que como se enuncia en la misma ley, establece esta prestación para los trabajadores particulares y según concepto del Consejo de Estado para los empleados oficiales deben aplicarse las normas vigentes antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, las normas contempladas en la Ley 6ª de 1945, y su decreto reglamentario el 2127 de 1945, y en ellas no hay alusión a que deba pagarse intereses a las cesantías de los trabajadores oficiales y empleados públicos.

Existe una tercera situación derivada de la aplicación de la Ley 52 de 1975, y es la de ciertas entidades que se han visto obligadas a pagar estar prestación, no por orden del Gobierno o por sentencia de la Corte o del Consejo de Estado, sino por conquista lograda por los trabajadores a través de la convención colectiva de trabajo.

Por último hay una cuarta y más importante situación y es la de las entidades que no negando rotundamente el pago de esta prestación, han obstaculizado su reconocimiento. Es así, como liquidan los intereses congelando anualmente las cesantías como lo ordena el Decreto 3118 de 1968, para el caso de las entidades afiliadas al Fondo

Nacional del Ahorro, y sobre esta congelación anual liquidan los intereses. pero este reconocimiento aunque incompleto, no es gratuito, ha sido conseguido en base a convenios o pactos con las organizaciones sindicales que defienden los intereses de los trabajadores al servicio de estas entidades oficiales.

Resumiendo existe cuatro situaciones frente a esta prestación del pago de los intereses a las cesantías por parte de las entidades no obligadas o excentas de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro estas son:

1. Entidades que no pagan intereses a las cesantías, a pesar de que tienen a su cargo el pago de las cesantías de sus trabajadores.

2. Entidades que pagan intereses pero no sobre las sumas acumuladas al 31 de Diciembre de cada año por concepto de cesantías sino sobre la congelación anual que la entidad hace de las cesantías esto solo para efectos de cancelar estos intereses porque las cesantías las pagan a sus trabajadores con efecto retroactivo.

3. Entidades que por Convención Colectiva o por Pacto Colectivo se han visto obligadas a pagar esta prestación

según lo estipula la Ley 52 de 1975.

4. Finalmente se encuentra las entidades oficiales que han interpretado en forma extensiva y a favor de los trabajadores, la ley 52 de 1975, y están pagando esta prestación desde su reconocimiento por parte del legislador.

4.3.1.1. Crítica a la situación actual. Como se puede deducir de los expuesto en el numeral anterior, estas situaciones se han presentado por no existir una norma especifica aplicable a esta gran franja de trabajadores al servicio del estado, que prestan sus servicios en entidades no obligadas, o excentas de afiliarse, o entregar las cesantías de sus trabajadores al Fondo Nacional del Ahorro, se dice que no existe norma aplicable específicamente, por cuanto las cuatro que existen o que se han dictado hasta la fecha dejan por fuera a estos trabajadores del econocimiento de esta prestación. Así tenemos en primer lugar, que el decreto 3118 de 1968, crea el Fondo Nacional del Ahorro, ordena a este fondo a que pague intereses a las cesantías de los trabajadores cuyas cesantías le han sido entregadas por las entidades es decir, este decreto solo ordena pagar intereses al fondo, ente que este mismo decreto crea, no a las demás entidades oficiales que por tener algún plan de vivienda para sus

trabajadores serán eximidos de afiliarse. Posteriormente por medio de la Ley 41 de 1975, se aumentan los intereses que orden pagar al Fondo del 9% al 12% anual, pero esta ley solamente reforma al artículo 33 del Decreto 3118 en cuanto al aumento en las tasas de intereses que deberán pagar en adelante, no hace extensivo a ningún ente estatal la aplicación de esta norma.

Posteriormente por medio de la ley 52 de 1975, se establece y reconocen intereses a las cesantías de los trabajadores particulares, como lo enuncia la misma ley en su encabezamiento, y por último tenemos acerca del 12% de intereses a las cesantías del decreto 166 de 1976 que reglamenta la aplicación de la ley 52 de 1975. Por esta razón de existencia de una norma que se reconozca explícitamente esta prestación a los trabajadores del sector oficial, cuya cesantía le son pagadas directamente por las entidades nominadores, es por la cual algunas entidades se niegan a pagar esta prestación y se ha dado el caso de que esta posición se encuentra respaldada por las sentencias de la corte suprema de justicia y como prueba de lo afirmado anteriormente está el siguiente extracto de sentencia del 26 de Junio de 1980 de la Sala de Casación Laboral

" No incumbre pues a, PUERTOS DE COLOMBIA el pago de aque-

llos intereses a sus trabajadores, a pesar de que en virtud de Convención Colectiva de Trabajo, tenga a su cargo el de las cesantías. Y menos aún cuando dentro del régimen convencional ha de liquidar integralmente la prestación con base en el último salario que haya devengado quien dejó de prestar servicios, porque este sistema neutraliza la pérdida del valor que sufre el pueblo colombiano, que, según quedó visto, es el móvil del reconocimiento de tales intereses y porque al serle aplicado al trabajador este régimen que obviamente le es mas favorable que el decreto Ley 3118, debe serle de manera completa y no fragmentaria según lo enseña el principio consagrado en el art. 36 de la Ley 6ª de 1945 y la Jurisprudencia de la Corte a este respecto. La Convención no prevé el pago de intereses sobre las cesantías"

Al analizar el texto de las sentencias contra de los trabajadores de COLPUERTOS, más bien en contra de su pretención de que le fueron pagados estos intereses, vemos que la fundamentación de este fallo es el hecho de que la cesantía, se liquidan como lo ordena el Código Sustantivo del trabajo y no como se ordena para el Fondo Nacional del Ahorro en el Decreto Ley 3118, es decir, con retroactividad, sin congelaciones y por lo tanto los intereses según el concepto de la Corte no tiene razón de ser, por cuanto

las cesantías no sufren la pérdida del valor.

Pero se olvida la misma corporación que ese fue el fundamento de su creación en cuanto hace las congelaciones anuales que hace el fondo, o más bien que hacen las entidades que entregan las cesantías al fondo, pero es otro muy diferente el espíritu o la fundamentación sociológica de su implementación para el caso de la ley 52 de 1975, ya que en este caso las cesantías no pierden su valor, no se desvalorizan por efecto de las divulgaciones constante de la moneda colombiana y por tanto en este caso la función que cumplen los intereses no es otro que el de entregar al trabajador parte de los dividendos que se ganan las empresas y en este caso los empleados oficiales, las entidades oficiales que usufructan de este capital ya ganado por lo trabajadores.

La Corte Suprema de Justicia, tal vez con aras de defender las economías de estas entidades públicas que en concepto de muchos están en quiebra por la carga prestacional de sus trabajadores, entra a desconocer un derecho de los trabajadores, no sólo de COLPUERTOS sino de todos lo que están en las mismas situaciones debido a que existe un vacio jurídico en cuanto al pago de esta prestación.

Las oficinas jurídicas de las entidades oficiales no afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro y al Consejo de Estado en sus respuestas a las consultas elevadas ante este organismo por estas entidades cuando se presenta alguna discusión o reclamo por parte de sus servidores por el no pago de esta prestación argumenta su no pago aduciendo el ya socorrido fallo del 27 de Julio de 1971, sentencia del consejo de estado por la cual se declara nulo el art. 6º inciso 1º del Decreto 1848 de 1969, que decía que las relaciones entre las entidades oficiales y sus trabajadores vinculados a éstas por un contrato de trabajo se regiría por el Código Sustantivo del Trabajo.

En su senencia de casación del 14 de Julio de 1975, reitera y ratifica esta jurisprudencia diciendo :

"Son las normas anteriores al C.S.T. que se aplicaban a los trabajadores oficiales, las que continuan rigiendo las relaciones de la administración pública con sus servidores, mientras no hayan sido modificadas por leyes posteriores. El inciso primero del artículo 6 del decreto 1848 de 1969, que estableció que estas relaciones se regirían por el C.S.T. fue declarado nulo en lo pertinente por el Consejo de Estado en sentencia del 27 de Julio de 1971".

Según sus argumentos las normas que rigen para los empleados del sector particular o privado no pueden aplicarse a los trabajadores del sector oficial, pero cuando se trata de hacer extensivas las normas emitidas para los trabajadores del sector privado a los trabajadores del sector oficial, es el mismo legislador quien los equipara, es el caso de la afiliación de los trabajadores oficiales al Instituto de los Seguros Sociales.

Decreto Ley 433 de 1971, artículo 2º.

" Estarán sujetos al seguro social obligatorio en los términos del presente decreto, las siguientes personas:

1...

2. Los trabajadores que presten sus servicios a la nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares".

En la legislación nacional existe un principio que debería

aplicarse en este caso del reconocimiento de la prestación del 12% de intereses a las cesantías, pero como se trata de una prestación que favorece al trabajador, se niega su aplicación en forma sistemática por parte de las oficinas jurídicas de las entidades que deberían pagarle. Este principio se encuentra contemplados en la ley 153 de 1887 en su artículo 8º, y dice así:

" Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

No podría existir mayor similitud entre la consagración o reconocimiento de una prestación, como es el 12% de intereses sobre las cesantías, para los trabajadores del sector privado y su reconocimiento y pago para el caso de los trabajadores oficiales y empleados públicos, cuando a éstos se les paga las cesantías por la entidad nominadora o contratante.

5. PROYECTO DE LA REFORMA A LA LEY 52 DE 1975

5.1. PROYECTO DE LEY # 0001 DE 1991

Por la cual se amplía el alcance de la ley 52 de 1975 y se ordena el pago de intereses a las cesantías .

Artículo 1. A partir de la vigencia de ésta ley, todo patrono obligado a pagar cesantías a sus trabajadores conforme al capítulo VII título VIII, parte primera del Código Sustantivo del Trabajo y los establecimientos públicos , empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal que paguen directamente el auxilio de cesantías a sus servidores, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año o en las oficinas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga éste a su favor por concepto de cesantías.

CONCLUSIONES

Al entrar poco a poco en el análisis de la problemática que se sucita con el pago de las prestaciones sociales a los empleados oficiales, se encuentran situaciones que no tienen explicación lógica para el derecho, por cuanto son generadoras de injusticias, desigualdades y un criterio con falta de equidad en los fallos, supuestamente dados en ellos, por los Tribunales del Trabajo. Aplicación extensiva de normas desfavorables a ésta clase de seguidores del Estado, desconocimientos de derechos ya adquiridos y reconocidos por legislaciones anteriores.

Entre las situaciones comentadas se encuentran las siguientes:

1. Los principios generales orientadores del derecho laboral no se aplican al caso de las prestaciones que deben recibir los empleados oficiales .

2. Se consagra una desigualdad jurídica entre las funciones desempeñadas por un empleado oficial y las que puedan cumplir un trabajador del sector privado.

El legislador ha puesto a los empleados oficiales en un escalón más bajo en cuanto a las prestaciones a que tiene derecho en comparación con los derechos y prestaciones laborales consagrados para los trabajadores particulares.

4. Después de habérsele reconocido un derecho, se les arrebata argumentando interés social, que la práctica y el tiempo han demostrado falsos estos argumentos.

5. Se ha utilizado el capital de los trabajadores oficiales, representado en su cesantía congeladas, para financiar entidades quebradas por el despilfarro y la malversación de sus fondos por parte de sus administradores.

6. Mientras a los trabajadores particulares se les reconoce unos interes a sus cesantías descongeladas, liquidadas con retroactividad y esta nueva prestación le les entregada en el mes de enero de cada año, a los oficiales se les niega esta prestación aduciendo que no tienen derecho por cuanto en algunos casos le son liquidadas sus cesantías sin congelar.

7. Los empleados oficiales que reciben la prestación de intereses a las cesantías, ésta prestación le ha sido arrancada en lucha convencional, es decir, como resulta-

do de un pliego de peticiones o de un pacto colectivo a las entidades a las cuales prestan sus servicios.

8. Existe un vacío jurídico en cuanto hace relación al reconocimiento de la prestación, intereses a las cesantías para los empleados oficiales que prestan sus servicios en entidades oficiales, sean éstas empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta o institutos descentralizados de cualquier orden, las cuales entreguen las cesantías directamente a sus trabajadores.

BIBLIOGRAFIA

GONZALEZ CHARRY, Guillermo. Prestaciones sociales del sector privado. Tercera edición, Biblioteca Banco Popular. Textos Universitarios, Cali, Colombia, 1976, Talleres gráficos, Banco Popular, Bogotá. p.66-71.

BUITRAGO C. Luis A. Régimen Jurídico de los empleados oficiales, Segunda edición. Libreria Jurídica Wilches. Bogotá, Colombia. 1986.

PATIÑO BELTRAN, Carlos Augusto. Las pensiones en el sector oficial. Recopilación normativa 1886-1988. Editorial Lealon. Medellín. Coresa Ltda. Bogotá D.E. 1988.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Sustantivo del trabajo y Código Procesal del Trabajo, Decimacuarta edición, Editorial Temis Libreria Bogotá. Colombia. 1984.

_____ Jurisprudencia y Doctrina, Editorial Legis, 1978,1980. Bogotá, Colombia.

_____ Convenciones Colectivas de Trabajo de Electrificadora del Atlántico S.A. (1989-1991) Electrificadora de Santander S.A. (ESSA) 1989-1991, Compañía del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. 1989-1990. La Previsora S.A. Compañía de Seguros 1988-1990. Empresas Municipal de Telefonos, Empresas Públicas Municipales, Banco Ganadero, Banco Cafetero, Banco Popular, Universidad Industrial de Santander, Telecom.

Barranquilla, agosto 28 de 1990

Señor
DIRECTOR DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS
Doctor JORGE BOLIVAR BARROS
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D..

Por medio de la presente y con el debido respeto solicitamos a usted la aprobación de la inclusión de JOSE LEON MAZO MUNERA en el anteproyecto de TESIS "PAGO DE LA PRESTACION INTERESES A LAS CESANTIAS A LOS EMPLEADOS OFICIALES DE ENTIDADES NO AFILIADAS AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO".

El anteproyecto fue elaborado en conjunto por quienes la presentamos.

Atentamente,

LUIS EDUARDO CARVAJAL C. JOSE LEON MAZO M.

PAGO DE LA PRESTACION INTERESES A LAS CESANTIAS A LOS EMPLEADOS OFICIALES DE ENTIDADES AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (F.N.A.)

LUIS EDUARDO CARVAJAL

JOSE LEON MAZO MUNERA

Anteproyecto de Grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado.

Asesor:DR. MARTIN TATIS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

TABLA DE CONTENIDO pág

INTRODUCCION 3

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 5

2. OBJETIVOS 11

2.1. GENERALES 11

2.2. ESPECIFICOS 11

3. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA 13

3.1. TEORICA 13

3.2. PRACTICA 14

4. DELIMITACION 16

4.1. CONTENIDO 16

4.2. ESPACIO 17

4.3. TIEMPO 17

5. MARCO TEORICO 18

6. HIPOTESIS 22

6.1. GENERAL 22

6.2. PARTICULAR 22

7. METODOLOGIA 23

7.1. TIPO DE ESTUDIO 23

7.2. METODO 23

8. PLAN DE TRABAJO 24

BIBLIOGRAFIA 26

INTRODUCCION

Este trabajo de investigación que se pone a consideración y estudio es de interés general y particularmente para las personas que en una u otra forma reciben un ingreso debido a una relación laboral con alguna entidad de derecho público.

En él se trata de analizar la forma de cancelar la prestación del 12% sobre los intereses a las cesantías, por parte de las entidades oficiales exoneradas de afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro. (FNA)

Así mismo se busca la motivación del legislador para implementar la prestación de las cesantías, por cuanto todo estudio sobre los intereses se pagan sobre éstas no se puede hacer desligado del estudio y análisis de las razones mediatas o inmediatas que obligaron al legislador a su creación y las motivaciones de orden político social y económico que han intervenido en el ánimo del gobierno para su cercenamiento y desmejora, poniendo

a estos servidores públicos en situación de desventaja frente a los trabajadores del sector privado.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La presente investigación que nos impone un gran compromiso no sólo con nosotros mismos sino con la Universidad y con la sociedad, ya que estamos comprometidos con el futuro en miras a un régimen jurídico laboral especial menos incierto y sombrío, por otro más diáfano que cabalgue en forma armónica con la realidad existente, es por ello que el estudio acerca de la prestación del 12% de intereses sobre las cesantías en el sector oficial es el tema que nos hemos impuesto, y que nos llevará al análisis serio y profundo de la forma como han nacido estas prestaciones, como han tenido vigencia por algunos años y la forma como también han sido recortadas por el legislador.

Es así como al analizar la génesis de la prestación social de las cesantías encontramos que ésta nació como indemnización que debían pagar los empresarios particulares a sus trabajadores cuando estos eran despedidos sin justa causa, como podemos deducir de lo anteriormente dicho,

era una prestación que sólo beneficiaba a algunos trabajadores, además solo se liquidaba por lo laborado en los últimos tres años.

Esta prestación cumplía en una mínima parte una función social, por cuanto le servía al trabajador para subvencionar sus necesidades más elementales durante el lapso de tiempo que se supondría estaría cesante, es decir, sin trabajo. Posteriormente esta prestación se amplió para los demás trabajadores, para los oficiales y para los particulares y para los casos en que se retiraron voluntariamente y para el caso en que fueran despedidos sin justa causa y con justa causa siempre y cuando no se incurran en alguna causal de despido que los haga merecedores a la sanción de retención de esta prestación.

Pero ocurrió lo que los empleados oficiales no se esperaban del propio Estado, es decir, que después de varios años de haberse consagrado este derecho laboral, se les arrebata parcialmente por medio del Decreto Ley 3118 de 1968, creando el Fondo Nacional del Ahorro (FNA) y por ende congelando las cesantías de estos trabajadores para que fuera girada ésta a dicha entidad para su funcionamiento y cumplimiento de sus objetivos.

El legislador para paliar un poco este golpe certero

y a mansalva a las prestaciones de estos servidores públicos, establece la liquidación de intereses del 9% sobre las sumas que estos tengan al 31 de Diciembre de cada año en el Fondo Nacional del Ahorro, como cesantías acumuladas. Este decreto fue demandado por inconstitucional ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, pero la Corte en su sabiduría no encontró mérito para declarar su inexequibilidad ya que no vulneraba los derechos adquiridos de los empleados oficiales, sino que vulneraría sólo los futuros.

Estos intereses no eran suficientes para contrarrestar la desvalorización que sufría la cesantía al ser congelada no obstante que en esa época el indice de inflación no era tan creciente como lo es en esta época, por lo tanto lo que se hace es lesionar un derecho que se les había consagrado a los trabajadores.

También por esa época se pretendió legislar en contra de las prestaciones, cesantías de los trabajadores del sector privado pero las reacciones a esta medida que se les avecinaba fue inmediata por medio de los sindicatos y federaciones sindicales y hasta los mismos empresarios se mostraron adversos a esta medida, ya que se pretendía crear un Fondo de Cesantías con las devengadas o ganadas por los trabajadores del sector privado, pero como aquí

también saldrían lesionados los intereses de los empresarios, dueños del capital privado, por tener que entregar parte de su capital de trabajo, esta medida no pudo ser llevada a Ley de la República, pero en el caso de los empleados oficiales como estos no tenían o no hacian parte de ninguna Federación sindical ni había quien defendiera el capital de estas empresas del Estado la medida practicamente no tuvo ninguna clase de resistencia y le fué fácil al legislador ponerla en práctica.

Los intereses liquidados por el Fondo Nacional del Ahorro y que le son acumulados en cuantía especial a cada empleado no le son entregados, salvo el caso de liquidación parcial o total de cesantías, contrastando esto con lo ordenado por la Ley 52 de 1975, que estableció su liquidación y pago para los trabajadores particulares, a quienes si se les debe pagar esta prestación anualmente en el mes de Enero.

A todo esto salta a primera vista una ostensible diferencia y desproporción entre las prestaciones de los trabajadores particulares o que laboran en el sector privado de la producción y las prestaciones a que tienen derecho o que han sido establecidas para los trabajadores del sector público, es decir, los empleados oficiales, por esto, nos hemos hecho unas preguntas, hemos formulado

unos interrogantes que al revisar la legislación laboral existente no hemos podido encontrar una explicación válida y convincente, una justificación a esta discriminación oficial entre los trabajadores del Estado y los trabajadores del sector privado.

Existirá dentro del catálogo de los principios o derechos del hombre algún acápite o artículo que consagre esta desigualdad de derechos laborales entre los empleados oficiales y los trabajadores particulares?

Serán las funciones desempeñadas por los empleados oficiales de menor entidad jurídica que las desempeñadas por los trabajadores del sector privado y por esto se justifique la desigualdad en las prestaciones a que tienen derecho?

Tendrán los trabajadores oficiales y los empleados públicos menos necesidades, menos angustias económicas, que los trabajadores particulares y por esto se les deba consagrar menos derechos y prestaciones laborales?

Serán únicamente las prestaciones sociales de los empleados oficiales, en este caso las cesantías, las que deban cumplir una función social ?

Tendrán las cesantías de los empleados oficiales algún privilegio especial ante la galopante desvalorización de la moneda que las haga inmune a este flagelo, y por esto no se les debe pagar los intereses a las cesantías?

Será que los principios rectores del derecho laboral no sólo aplicables a los trabajadores particularmente y los empleados oficiales por gozar o más bien padecer de un régimen laboral especial no puede aplicársele estos principios en defensa de sus derechos?

2. OBJETIVOS

2.1. GENERALES

Hacer un análisis jurídico y evaluación socio-político al pago del 12% de interés sobre las cesantías en el sector oficial.

2.2. ESPECIFICOS

Examinar la aplicación legal que usan una y otra Empresa del Estado al cancelar esta prestación y la falta de unificación entre las afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro (FNA) y las no afiliadas o exoneradas de hacerlo.

2.2.1. Hacer una diferencia en el pago de esta prestación entre el sector público y privado.

2.2.2. Examinar si el 12% de intereses sobre las cesantías en el sector oficial mediante la congelación de las cesantías ofrece repercusiones negativas en cuanto al patrimo-

nio económico del trabajador.

2.2.3. Demostrar como se puede eliminar la discriminación entre empleados oficiales y trabajadores particulares al momento de cancelar el 12% de intereses sobre las cesantías.

3. JUSTIFICACION TEORICO - PRACTICA

3.1. TEORICA

La importancia y alcance de nuestra invetigación se fundamenta en los siguientes aspectos: es muy palpable el fenómeno de la descomposición social que sufre el país como consecuencia de una serie de males que lo azótan, entre ellos tenemos la corrupción en la Administración Pública, viendo o escuchando a diario en los medios masivos de comunicación como se sanciona a los servidores del Estado, por vender la función pública a consecuencia de los sueldos de hambre que devengan quienes deberían ser mejor remunerados, sus prestaciones las mejores, su estabilidad la más sólida.

Pero la realidad es bastante distante y sombría, en lugar de tener los mejores sueldos, los soyos son los más bajos en la escala de salarios y con el agravante de que a la mayoría de estos servidores públicos como es el caso de los maestros, ni siquiera se les quieren pagar a

tiempo. Sus prestaciones han sido recortadas o cercenadas por los gobiernos de turno, es el caso del sistema de congelaciones anuales para las cesantías de los trabajadores obligados a afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro (FNA). La negativa de algunas administraciones de Empresas del Estado exoneradas de afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, de pagar los intereses a las cesantías por no existir norma legal que obligue expresamente a pagarlos

3.2. PRACTICA

Esta fundamentación teórica es de esencial importancia combinarla con razones de utilidad práctica, teniendo en cuenta que el problema merma el bienestar de la familia del empleado oficial y ensombrese la cosa pública que debería ser radiante y cristalina, hoy la encontramos desacreditada, convertida en la oveja negra de la sociedad, y todo como consecuencia de un régimen laboral especial injusto que riñe con las exigencias actuales, lo que nos induce a inclinarnos por una legislación laboral que reponda a las verdaderas necesidades del empleado oficial, que no esté de espaldas a la realidad nacional, sólo así rescatariamos como primera medida el esplendor de pulcritud que debe tener la administración pública; y como segunda encontrariamos una población laboral en-

tusiasta y orgullosa de servirle al Estado; y la tercera gran conquista sería la desaparición de los sindicatos y por ende las Convenciones Colectivas de trabajo porque no tendrían objeto de lucha para seguir existiendo.

4. DELIMITACION

4.1. CONTENIDO

El marco de estudio de esta investigación está limitado al análisis del 12% de intereses sobre las cesantías en el sector oficial, utilizando como fundamentos jurídicos la Ley 6ª de 1945, que fué la base del Código Sustantivo del Trabajo, la cual fué clarificada por la Ley 65 de 1946, y ésta reglamentada por el Decreto 2567 de 1946, pasando por el Decreto 3118 de 1968, que crea el Fondo Nacional del Ahorro, con las cesantías de los empleados oficiales y que ordena las liquidaciones anuales de cesantías de carácter definitivas sin derecho a revisión posterior aún por causas de variación de salarios; La Ley 41 de 1975, art. 3 que modificó el art. 33 del Decreto 3118 de 1968, aumentando del 9 al 12% los intereses que deben liquidar el Fondo Nacional del Ahorro sobre las cesantías acumuladas que a cada 31 de Diciembre tengan los empleados oficiales afiliados en su cuenta. Y termina con la Ley 52 de 1975, que ordena el pago de intereses

a las cesantías a los trabajadores particulares.

4.2. ESPACIO

El espacio geográfico que servirá de marco para esta investigación será el territorio de la República de Colombia.

4.3. TIEMPO

El marco temporal que usaremos para esta investigación será el comprendido entre las últimas cinco décadas.

5. MARCO TEORICO

El tema que hemos venido analizando detalladamente no es un fenómeno nada nuevo, ya que este se opera en el tiempo debido al papel beligerante asumido por la clase trabajadora en cada una de las etapas que le ha tocado vivir, escribiendo ella su propia historia; por ser el motor no sólo en la relación de producción sino que también empuja a la sociedad hacía nuevos horizontes en busca de un nivel de vida más elevado; pero en toda esta lucha tenaz algunas veces ha recibido duros golpes por parte de la clase dominante que ha de engendrar una población laboral que duerma y sueñe bajo el laurel de la injusticia y la explotación.

Muestra de esta injusticia son los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, que haciendo eco del sistema imperante y convirtiéndose en guardiana de sus intereses en perjuicio de las clases trabajadoras menos favorecidas, en este caso los empleados oficiales, les niega a algunos el derecho a percibir esta prestación, es decir, los

intereses del 12% sobre las cesantías.

"No incumbre pues, a PUERTOS DE COLOMBIA el pago de aquellos intereses a sus trabajadores a pesar de que en virtud de Convención Colectiva de Trabajo tenga a su cargo el de las cesantías. Y menos aún, cuando dentro del régimen convencional ha de liquidar integramente la prestación con base en el último salario que haya devengado quien dejó de prestar servicios, porque este sistema neutraliza la pérdida de valor que sufre, el pueblo coombiano, que según quedó visto, es el móvil del reconocimiento de tales intereses, y porque al serle aplicado al trabajador este régimen, que obviamente le es más favorable- que el Decreo Ley 3118, debe serlo de manera completa y no fragmentaria, según lo enseñan el principio consagrado en el art. 36 de la Ley 6ª de 1945, y la Jurisprudencia de la corte a este respecto.La Convención no prevé el pago de intereses sobre cesantías"[1]

Sentencia de Junio 26 de 1980, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Del mismo tenor son los conceptos emitidos en sus obras por algunos tratadistas del derecho laboral como el que

[1] RENGIFO, Jesús María. Régimen del Empleado Oficial, p. 233.

expresa el Dr. Luis A. Buitrago C. en su obra REGIMEN JURIDICO DE LOS EMPLEADOS OFICIALES y que dice así:

"En consecuencia, el Fondo Nacional del Ahorro es la entidad encargada de pagar la cesantía y los intereses de la misma, de acuerdo con lo preceptuado por los art.s 33, 37, 39 del Decreto Ley 3118 de 1968, en concordancia con el art. 3 de la Ley 41 de 1975, pero si en una convención colectiva de trabajo se ha pactado que la cesantía de los trabajadores oficiales sea liquidada teniendo en cuenta el último salario devengado por todo el tiempo de servicios, es decir, en una forma más favorable que el procedimiento de liquidación señalado en precitado Decreto 3118 de 1968, no hay lugar al pago de itnereses, por cuanto estos fueron establecidos para compensar el menor valor de la cesantía que recibirían los trabajadores por aplicación del Decreto 3118, de 1968, a menos que en la convención se obligue al patrono a pagarlos"[2]

Las normas rectoras del derecho laboral, es decir, los principios que rigen esta normatividad, son claros en expresar que la norma más favorable es la que debe aplicarse al trabajador, pero para la Jurisprudencia y la Doctrina parece que estos principios no se aplicaran al caso de los Empleados oficiales.

BUITRAGO, Luis A. Régimen Jurídico de los Empleados Oficiales. p. 91.

Es así, como encontramos sentenciasde la Corte Suprema de Justicia que van más allá del espiritu de la norma, hacen extensivas las normas desfavorables a los trabajadores oficiales y empleados públicos que trabajan en entidades que han sido exoneradas de afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro (FNA) ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia del 4 de Agosto de 1978, Sala Laboral de la corte Suprema de Justicia, donde por vía jurisprudencial se quiere obligar a las entidades exoneradas a liquidar las cesantías de sus trabajadores en la forma prevista en el Decreto 3118 de 1968, es decir, por el istema de congelaciones anuales.

6. HIPOTESIS

6.1. GENERAL

La ausencia de un régimen laboral especial más justo y equitativo ha originado el enfrentamiento trabajadores del sector público y el Estado.

6.2. PARTICULAR

Ante el vacío jurídico existente se hacen necesario unificar las normas par que no siga ocurriendo ese desfase entre las prestaciones sociales del sector privado y las del sector público.

6.2.1. La Convención Colectiva de trabajo contentiva de mejores prestaciones sociales para los empleados oficiales frente a las mínimas estipuladas por la ley, produce similares efectos jurídicos que la misma norma.

7. METODOLOGIA

7.1. TIPO DE ESTUDIO

El hecho generador de esta situación jurídica especial, es decir, la desigualdad en el pago de las prestaciones sociales entre el sector público y el privado no es apreciable a primera vista por lo que se hace necesario un estudio y análisis de las motivaciones históricas, sociales y jurídicas de esta situación. De aquí que nuestra investigación se basa en un tipo de estudio analítico.

7.2. METODO

Teniendo en cuenta las características del tema elegido para esta investigación, partimos de aspectos particulares que nos permitan realizar un análisis detallado de él, para su mejor comprensión, y que nos conduzca hacía aspectos de carácter general, con el fin no sólo de presentar la radiografía de un síndrome, sino su posible fórmula de solución, por lo que puede afirmarse que el método de investigación aplicable es el inductivo.

8. PLAN DE TRABAJO

INTRODUCCION

1. LA CESANTIA

1.1. DEFINICION

1.2. RESEÑA HISTORICA DE SU CREACION

1.3. FUNDAMENTACION SOCIOLOGICA DE SU CREACION

1.4. FUNDAMENTACION LEGAL

1.5. CLASES DE CESANTIA

1.5.1. Cesantía Parcial

1.5.2. Cesantía Total

1.5.3. Cesantía congelada

1.5.4. Cesantía acumulada

1.6. FACTORES QUE SE TIENEN EN CUENTA PARA SU LIQUIDACION

2. LOS EMPLEADOS OFICIALES

2.1. CLASES DE EMPLEADOS OFICIALES

2.1.1. Los empleados públicos

2.1.2. Los trabajadores oficiales

3. EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA)

3.1. OBJETIVOS DE SU CREACION

3.2. ENTIDADES OBLIGADAS A AFILIARSE

4. LOS INTERESES DE LAS CESANTIAS

4.1. INTERESES LIQUIDADOS POR EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO

4.1.1. Primera etapa 1968 a 1974, 9%

4.1.2. Segunda etapa 1975 hasta hoy 12%.

4.2. LA LEY 52 De 1975

4.2.1. Fundamentación sociológica de su creación

4.2.2. Aplicabilidad de la norma

4.3. QUE NORMA DEBERA APLICARSE A LOS EMPLEADOS OFICIALES DE ENTIDADES OFICIALES NO AFILIADAS AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (FNA)?

4.3.1. Situación actual

4.3.1.1. Crítica a la situación actual

5. PROYECTO DE REFORMA A LA LEY 52 De 1975

6. CONCLUSIONES

7. BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

GONZALEZ CHARRY, Guillermo. Prestaciones sociales del sector privado. Tercera edición. Biblioteca Banco Popular Textos Universitarios. Cali, Colombia. 1976, Talleres gráficos. Banco Popular. Bogotá p.66-71

BUITAGRO C. Luis A. Régimen Jurídico de los empleados oficiales, Segunda edición. Libreria Jurídica Wilches. Bogotá, Colombia, 1986.

PATIÑO BELTRAN, Carlos Augusto. Las pensiones en el sector oficial. Recopilación normativa 1886-1988. Editorial Lealon. Medellín. Coresa Ltda. Bogotá D.E. 1988.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Sustantivo del trabajo y Código Procesal del Trabajo. Decimacuarta edición, Editorial Temis Libreria, Bogotá, Colombia. 1984.

_____ Jurisprudencia y Doctrina, Editorial Legis, 1978, 1980. Bogotá, Colombia.

_____, Convenciones Colectivas de Trabajo de Electrificadora del Atlántico S.A. (1989-1991), Electrificadora de Santander S.A. (ESSA) 1989-1991, Compañía del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, S.A. 1989-1990. La Previsora S.A. Compañía de Seguros 1988-1990, Empresas Muncipal de Telefonos, Empresas Públicas Municipales, Banco Ganadero, Banco Cafetero, Banco Popular, Universidad Industrial de Santander, Telecom.