

**PRESCRIPCION DE LAS CESANTIAS DESDE UNA PERSPECTIVA
OBLIGACIONAL Y CONSTITUCIONAL**

**LUIS CARLOS LORDUY JIMENEZ
HEINER CHARRASQUIEL VAZQUEZ**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
CARTAGENA DE INDIAS
2011**

**PRESCRIPCION DE LAS CESANTIAS DESDE UNA PERSPECTIVA
OBLIGACIONAL Y CONSTITUCIONAL**

**LUIS CARLOS LORDUY JIMENEZ
HEINER CHARRASQUIEL VAZQUEZ**

Tesis de Grado presentada para optar al titulo de Abogado

**Docente asesor
FABIO LOPEZ LOPEZ
Profesor**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
CARTAGENA DE INDIAS
2011**

Dedicatoria

A Dios, razón de nuestra existencia
y fuente de toda sabiduría.

A nuestros padres por su entrega
y apoyo incondicional.

A nuestros profesores por impartirnos
sus conocimientos y contribuir a
nuestra formación como mejores
personas y ciudadanos.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	7
1. EL AUXILIO DE CESANTIA	9
1.1 CONCEPTO	9
1.2 NATURALEZA JURIDICA	12
1.2.1 La cesantía como Prestación Social	12
1.2.2 La Cesantía como Obligación	15
1.3 REGIMEN LEGAL DE LAS CESANTIAS EN COLOMBIA	18
1.3.1 Código Sustantivo del Trabajo	18
1.3.2 Ley 50 de 1990	20
1.3.3 Ley 1328 de 2009 y Decreto 4600 de 2009	24
1.3.4 Ley 1429 de 2010	26
1.4 PRINCIPIOS Y GARANTIAS DEL DERECHO LABORAL Y CONSTITUCIONAL APLICABLES AL AUXILIO DE CESANTIA	28
1.4.1 Principio de Irrenunciabilidad	31
1.4.2 Principios de la Seguridad social	32
1.4.3 Derechos Adquiridos	34
1.4.4 Remuneración móvil	34
1.4.5 Principio de la Norma e Interpretación Más Favorable al Trabajador	36

2. ALCANCE DE LAS CESANTIAS EN LAS NORMAS DE LA OIT	37
3. PRESCRIPCION EXTINTIVA EN MATERIA LABORAL	43
3.1 NOCION, NATURALEZA Y OBJETO DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA	43
3.2 MARCO LEGAL DE LA PRESCRIPCION EN EL AMBITO LABORAL COLOMBIANO	49
3.3 EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO	54
3.3.1 Exigibilidad de las Obligaciones en el Régimen Civil	55
3.3.2 Naturaleza Tracto Sucesivo de las Obligaciones Laborales	57
3.3.3 Exigibilidad de algunas Obligaciones Laborales según La Corte Suprema de Justicia	59
3.3.4 Exigibilidad de las Obligaciones Laborales derivadas del Contrato Realidad	62
3.4 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRESCRIPCION DE OBLIGACIONES LABORALES	69
4. LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS EN LA PRESCRIPCION DE LAS CESANTIAS	74
4.1 EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR	74
4.2 EL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA Y NO MENOSCABO DE LOS DERECHOS LABORALES	81
4.3 PRINCIPIO DE PAGO DE LO DEBIDO	85

5. LA EXIGIBILIDAD DE LAS CESANTIAS DE ACUERDO AL REGIMEN CIVIL	89
5.1 LAS CESANTIAS: PRESTACION UNITARIA O PAGOS PARCIALES INDEPENDIENTES	89
5.2 LA EXIGIBILIDAD DE LAS CESANTIAS COMO PRESUPUESTO PARA SU PRESCRIPCION	92
6. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	104
6.1 EVOLUCION NORMATIVA DEL AUXILIO DE CESANTIA	104
6.2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE AUXILIO DE CESANTIA	108
7. CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFIA	120

INTRODUCCION

A lo largo de la historia, el derecho laboral ha propiciado por la inclusión de otras acreencias laborales que sumado al salario, permitan al trabajador elevar su nivel de vida por un lado, y por otro cubrir riesgos derivados de la actividad laboral. Un ejemplo de esto es el auxilio de cesantía que funciono en sus inicios como una indemnización frente al despido, para luego convertirse en una importantísima prestación social que sirve de sustento al trabajador al terminar el contrato de trabajo, mientras se reintegra nuevamente al mercado laboral.

Esta finalidad eminentemente social de las cesantías ha creado alrededor de ella todo un marco protectorio tanto a nivel normativo como a nivel jurisprudencial dado la categoría que ha adquirido como derecho fundamental del trabajador tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional. Es por esto que la ley ni siquiera le permite al trabajador disponer libremente de esta prestación, al preceptuar que solo serán canceladas al final de la relación laboral, permitiendo retiros anticipados solo para los casos establecidos en la ley, con lo cual el legislador busca asegurar que se de el uso correcto para el cual fue creada dicha prestación.

Sin embargo, las cesantías contienen los elementos propios de cualquier obligación, lo que implica que cualquier aspecto relacionado con su naturaleza obligacional deba ser resuelto mediante la interpretación del régimen general de las obligaciones.

Uno de los aspectos relacionados con la naturaleza obligacional de las cesantías es el de la prescripción como forma de extinción de las obligaciones, cuyo tratamiento debe hacerse con mucha cautela y juicio, pues si por un lado, las obligaciones laborales no pueden quedar indefinidas en el tiempo, por el otro se debe garantizar el acceso a estas en condiciones justas y oportunas pues se trata de acreencias con un alto valor social y con una apreciación que va mas allá de lo estrictamente dinerario.

Es así como este trabajo busca determinar que tan consecuente es el actual régimen prescriptivo de las cesantías, con los postulados de la OIT, los principios del Estado Social de Derecho y los principios del régimen civil sobre la materia, de manera que se garantice la vigencia de los principios protectorios del derecho laboral, una labor que exige un estudio cuidadoso por los temas y valores en conflicto tanto del derecho civil, como del derecho laboral y constitucional.

1. AUXILIO DE CESANTIA

1.1 CONCEPTO

La palabra cesantía viene de la palabra cesación (del latín *cessatio*)¹ y alude a cuando una situación se suspende, se acaba o se termina, de ahí que en el régimen laboral hace referencia al cese o terminación del vínculo laboral, situación jurídica que lleva al trabajador a la condición de desempleado.

Debemos decir que el fenómeno del desempleo ha sido una de las preocupaciones más importantes de la clase trabajadora a lo largo de la historia, y el modelo económico actual marcado por la industrialización y las nuevas tecnologías ha generado un incremento de este, razón por la cual, las legislaciones en materia laboral han buscado soluciones y mecanismos que permitan a los trabajadores aliviar esa situación desfavorable, dada la relación directa que existe entre el empleo y la satisfacción de las necesidades más básicas del hombre y su familia.

¹ Diccionario Jurídico de la Seguridad Social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. p. 104.

La inseguridad es una condición propia del ser humano, y en materia laboral son varias las contingencias y riesgos que generan esta sensación, en especial la inestabilidad laboral que se constituye en una situación bastante angustiosa para el trabajador, el cual ha buscado siempre fórmulas que le permitan mermar los efectos negativos propios del desempleo. Una de las fórmulas más primitivas como forma de solventar futuras necesidades ha sido el ahorro². El ahorro privado como sistema inicial de protección hace posible la constitución de una reserva que permite la atención de egresos derivados de hechos imprevisibles, en unos casos, y perfectamente previsibles en otros. No es coincidencia entonces que una de las prestaciones sociales que el régimen laboral colombiano reconoce a favor de los trabajadores (auxilio de cesantía) tome la forma de un ahorro destinado a ampararlos frente a los riesgos que se generan por la pérdida del empleo.

El auxilio de cesantía hace parte de un conjunto de prestaciones que la ley reconoce a favor de los trabajadores con cargo al empleador, el cual se encuentra regulado específicamente en los artículos 249 al 258 del Código Sustantivo del Trabajo Colombiano y por el artículo 98 y siguientes de la Ley 50 de 1990, y consiste en la obligación por parte del empleador, de pagar a sus trabajadores un mes de salario por cada año de servicio. Con base en lo establecido por la Ley 50 de 1990, la que confirma su condición de ahorro forzoso, la Sala Laboral de la

² De Buen Lozano, Néstor. Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. p. 606,607.

Corte Suprema, con ponencia del Magistrado Carlos Isaac Nader define el auxilio de cesantía como un ahorro obligatorio instituido por la ley que se capitaliza a favor del trabajador para servirle de soporte por algún tiempo, una vez terminado el contrato de trabajo en que se origina³. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana trae la siguiente definición:

“Según la doctrina constitucional el auxilio de cesantía, es una prerrogativa laboral, que se articula como una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, y originariamente se consagró como eventual remedio frente a la pérdida del empleo.

Con base en los anteriores conceptos se puede afirmar que el auxilio de cesantía es una prerrogativa laboral, que se articula como una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, que consiste en un ahorro capitalizado destinado a amparar al trabajador frente a las contingencias derivadas de la terminación de la relación laboral. De la anterior afirmación sobresalen los siguientes aspectos:

- Es una prerrogativa laboral de contenido económico que nace a favor del trabajador en virtud del contrato de trabajo.
- Constituye una verdadera relación obligacional debido a que el empleador debe pagarlo al trabajador que sería el acreedor.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, rad. 13467 de 11 de julio de 2000, M.P. Carlos Isaac Nader.

- Se trata de un ahorro forzoso dado que el empleador no las paga directamente al trabajador sino que los envía a un fondo de cesantía en una cuenta a su nombre, y el trabajador solo puede disponer de ellas al finalizar el contrato de trabajo o antes pero solo en los casos establecidos por la ley.
- Su finalidad es servirle de respaldo o soporte al trabajador frente a las cargas económicas que este debe enfrentar ante el cese de su actividad productiva.

1.1 NATURALEZA JURIDICA

1.2.1 la cesantía como prestación social.

Respecto a la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía, se debe decir que ha sido la jurisprudencia la encargada de precisarla tomando como base la forma en que el legislador la ha regulado. Sobre el punto destacamos la sentencia C-823 de 2006 en virtud de la cual la Corte Constitucional hizo las siguientes precisiones:

“La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 1934, que estableció este auxilio para los empleados del sector privado, se le imprimió un carácter indemnizatorio que operaba por despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobado.”

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto: 'Su razón de ser – del auxilio de cesantía – era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleado'.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las "Prestaciones Patronales Comunes".

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (Art. 1º Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de cesantía a que tienen derecho los trabajadores del sector privado. De acuerdo con esta nueva regulación, el auxilio de cesantía quedó sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional contemplado en el código sustantivo del trabajo (Arts. 249 y ss), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1° de enero de 1991; (ii) el sistema de liquidación definitiva anual, y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

Esta regulación mantiene el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores.⁴

De lo anterior se concluye que, en sus inicios el auxilio de cesantía tenía un carácter indemnizatorio, mas no cabe duda que actualmente sea una prestación social. Sobre el alcance de este concepto, la corte suprema y la corte constitucional han sido unánimes en definir las prestaciones sociales⁵ como toda

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-823 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, rad. 30482 de 1 de abril de 2008, M.P. Isaura Vargas Díaz, y sentencia de la corte constitucional C-432 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

aquella remuneración que el empleador debe pagar al trabajador y que tienen como única finalidad cubrir los riesgos, contingencias o infortunios inherentes al trabajo, y a los que se enfrenta el trabajador como los riesgos de desocupación, de salud y de vida que eventualmente conllevan la pérdida del empleo o del vigor o la integridad física. Para la Corte Suprema, las prestaciones sociales son un claro mecanismo de seguridad social ideado por el legislador nacional para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador y aunque tienen como origen o causa directa la relación laboral o el contrato de trabajo se diferencian de otras acreencias como el salario, pues no busca retribuir propiamente la actividad desplegada por el trabajador, sino amparar riesgos.

El carácter de prestación social que ostenta el auxilio de cesantía, es una clara muestra de la orientación social que sustenta dicha figura, y de la especial protección del estado respecto de la relación laboral en virtud de la dignidad del trabajador como ser humano y sujeto de derechos.

1.2.2 la cesantía como obligación.

No obstante la naturaleza social de esta prestación, la cesantía se estructura bajo los elementos propios del concepto civilista de las obligaciones, dado que existe un acreedor o sujeto activo, que en este caso es el trabajador, que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la prestación, un deudor o sujeto pasivo que es la

persona que debe satisfacer la prestación, que corresponde al empleador, y un objeto que es aquello que el empleador debe satisfacer a favor del trabajador y que en este caso consiste en una obligación de dar con claro contenido patrimonial.

De manera que la cesantía queda ubicada dentro de la noción de obligación por ser una prestación que surge de un vínculo jurídico que une a dos sujetos, esto es, el contrato de trabajo, lo que indica que la estructura lógica de las obligaciones esta presente en el derecho laboral como en las demás ramas del derecho otorgándole una aplicación supletoria al derecho civil. La naturaleza obligacional de las cesantías ha sido sostenida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“...Ahora bien: la clara relación que existe entre la estructura formal y la función social que cumplen las cesantías no aminora su naturaleza obligatoria. Tratamos, pues, con verdaderas obligaciones de derecho que tienen una vocación solidaria que fortalece el vínculo jurídico existente entre dos partes y que refuerza su necesidad de cumplimiento.”⁶

Si bien las cesantías constituyen una prestación social que la hace acreedora de protecciones especiales de tipo constitucional, no puede desprenderse de su

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-661 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

naturaleza obligacional lo que hace que su tratamiento no sea ajeno o extraño al régimen general de las obligaciones. Esta doble condición de las cesantías no es solo muestra de la relación que existe entre el derecho laboral y el derecho civil, sino de la tensión que en ocasiones puede presentarse entre estas dos ramas del derecho, sobre todo cuando el tratamiento civilista de las obligaciones laborales, pueda afectar principios constitucionales que se le aplican por su función social.

¿Como se resuelve un conflicto de este tipo?, ¿debe ceder el régimen civil frente al derecho laboral? Al respecto, el autor Juan Carlos Henao advierte el principio según el cual los principios que gobiernan las obligaciones –sea cual sea el campo del derecho en que se apliquen- deben ser recíprocamente aplicables sin necesidad de invocación especial, a menos que la ley prevenga otra cosa o que sea indispensable preservar la especificidad de la materia⁷. De esta forma, los principios de la teoría general de las obligaciones son aplicables a las obligaciones laborales –como la cesantía-, siempre y cuando no desnaturalice la autonomía del derecho laboral y no implique afectación de garantías fundamentales reconocidas por la constitución.

⁷ HENAO, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, ensayo publicado por la Editorial de la Universidad Externado de Colombia, en el libro “Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Publico” pg. 800.

1.3 REGIMEN LEGAL DE LAS CESANTIAS EN COLOMBIA

1.3.1 Código sustantivo del trabajo.

El código sustantivo del trabajo, en su título VIII denominado prestaciones patronales comunes, regula lo referente al auxilio de cesantía a partir del artículo 249 y subsiguientes. El mencionado artículo, el cual se erige como regla general, reza de la siguiente forma:

Artículo 249. Regla general. Todo empleador 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 fracción de año”.

Los artículos siguientes regulan otros aspectos de esta prestación como:

- Los casos en que el trabajador pierde el derecho a estas (art. 250).
- Las excepciones al artículo 249, es decir los casos en los cuales no se reconoce el derecho a esta prestación, que actualmente son dos: la industria puramente familiar y a los artesanos que, trabajando personalmente en su establecimiento, no ocupen más de cinco (5) trabajadores permanentes extraños a su familia (literales a y c del artículo

251), pues el literal b que incluía a los trabajadores accidentales o transitorios fue declarado inexecutable por la corte constitucional mediante sentencia C-823 de 4 de octubre de 2006.

- La liquidación de las cesantías a los trabajadores del servicio doméstico (artículo 252). Sobre este artículo es necesario remitirse a las sentencias C-051 de 1995 y C-310 de 2007 que declaro inexecutable ciertos apartes de este artículo.
- El artículo 254 que establece como regla general la prohibición de pagos parciales de las cesantías antes de la terminación del contrato laboral salvo los casos legalmente autorizados entre los que están: cuando el trabajador es convocado al servicio militar (art. 255) o cuando las necesite para la adquisición, construcción o mejora de vivienda (art. 256).

El artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo establece lo referente a la liquidación del auxilio de cesantía y el salario base para dicha liquidación. Debido a que la cesantía se liquidaba y pagaba al término del contrato de trabajo, se tomaba como base el último salario devengado. Es decir, si un trabajador laboro por un término de 10 años empezando con un salario de 500.000 pesos, y finalizaba con un salario de 1.000.000 de pesos, este último era el que se tomaba como base para la liquidación de todas sus cesantías. Esta es la razón por la cual,

a esta forma de liquidación se le llamo régimen retroactivo el cual opero hasta el 1 de enero de 1991, fecha en la cual comenzó a regir la Ley 50 de 1990, ley que dispuso otro régimen de liquidación.

1.3.2 LEY 50 DE 1990.

Esta ley dispuso el régimen de liquidación definitiva anual, y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por ésta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acogieran al nuevo sistema. Dicha ley dispone, en sus artículos 98 y 99 lo siguiente:

"Artículo 98. El auxilio de cesantías estará sometido a los siguientes regímenes:

1°. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley.

2°. El régimen especial que por esta ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

Parágrafo. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.

"Artículo 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantías, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

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

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6a. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, en orden a:

a) Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b) Garantizar que la mayor parte de los recursos captados pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas;

7a. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantías.

Parágrafo. En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía autorizados para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía."

Con la expedición de esta ley se buscó aligerar esa carga económica que implicaba para el empleador liquidar las cesantías no con el salario de cada año sino con el último, que por ser el más alto terminaba incrementado el valor adeudado por este a favor del trabajador.

Mediante esta ley se crean también los fondos de cesantías como entidades encargadas de la administración y manejo de los aportes hechos a los trabajadores por este concepto. De esta forma, ya no es el empleador el que maneja directamente las cesantías de sus trabajadores – como pasaba en el régimen tradicional-, sino que este las liquida anualmente y antes del 15 de febrero de cada año debe depositarlas o consignarlas en los fondos de cesantías

que el empleado elija. En la actualidad estas entidades funcionan como administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías –AFPC–, cuyo patrimonio autónomo está conformado por los aportes de cesantías de los trabajadores que se encuentran afiliados, y su vigilancia está a cargo de la Superintendencia Financiera. Cabe decir también que, por autorización de la Ley 50 del 90, las AFPC invierten los aportes que reciben de sus afiliados, en papeles del mercado tales como TES, bonos, CDT's y acciones, con el fin de garantizar su rentabilidad⁸. De esta manera, si el valor de mercado de sus inversiones aumenta, el valor de las cuentas individuales también lo hará, y en caso contrario, dichas cuentas disminuirán cuando cae la valorización a precios de mercado.

Por otro lado, el artículo 102 de la mencionada ley se pronuncia sobre las causales para retirar definitiva y parcialmente las cesantías, la cual se debe interpretar en concordancia con lo dispuesto en el artículo 166 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), y los artículos 256 y 258 del Código Sustantivo del Trabajo. Según estas normas se mantiene el principio según el cual el pago definitivo de las cesantías se hace al término del contrato de trabajo, salvo en los siguientes casos donde se permite un pago o liquidación parcial:

⁸ Artículo 101 de la Ley 50 de 1990.

- Para adquisición, construcción, mejora o liberalización del inmueble destinado a vivienda (pagar hipotecas o gravámenes o embargos que recaigan sobre su inmueble o el de su cónyuge o compañero permanente).
- Para financiar la matrícula del trabajador, cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos en entidades de educación superior reconocida por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

1.3.3 LEY 1328 DE 2009 Y DECRETO 4600 DE 2009.

A lo largo de los años, la dinámica de retiros parciales de cesantías generó una serie de riesgos para los afiliados que hacían este tipo de retiros, los cuales en muchas ocasiones retiraban un poco menos de lo que les fue consignado debido a que la caída de precios en el mercado provocaba una crisis de rentabilidad que terminaba afectando las sumas consignadas por concepto de cesantías. Por esta razón, en el 2009 se expide una ley que introduce una reforma en materia de cesantías con el fin de mitigar el riesgo de desvalorización de sus retiros parciales.

La ley 1328 de 2009 contempló la obligación para las administradoras de fondos de cesantías de ofrecer dos tipos de portafolios de inversión. Estos portafolios, según el decreto 4600 de 2009 son:

- Corto Plazo: Administración de recursos con horizontes de permanencia cortos: la finalidad es mitigar el riesgo de perder valor por los retiros cercanos a la fecha de consignación.
- Largo Plazo: Administración de recursos con horizontes de permanencia mayores a un año. Con esta opción el afiliado tendrá horizontes de más largo plazo y podrá entonces obtener una mayor rentabilidad.

Estos portafolios de inversión comenzaron a operar a partir del 1 de enero de 2010 de la siguiente forma: los recursos por concepto de cesantías que se tenían hasta esa fecha se administrarían en el portafolio de largo plazo, por su parte, los nuevos aportes que ingresaran a partir de esa fecha irían al portafolio de corto plazo. A partir del 1 de julio de 2010, los afiliados harían la selección correspondiente y podrían pedir que estos recursos se administren total o parcialmente en el portafolio de largo plazo. Los recursos que el afiliado tenga en el portafolio de corto plazo, se trasladarán al portafolio de largo plazo, entre el 16 y 31 de agosto de cada año, siempre y cuando el afiliado no tome una decisión en contrario.

1.3.4 LEY 1429 DE 2010.

Esta ley modifico el trámite que debía seguir el trabajador para obtener el pago parcial de cesantías, es decir, antes de la terminación del contrato de trabajo. El artículo 256 del C.S.T. disponía que para el pago o inversión en aspectos relacionados con vivienda, el trabajador podía retirar sus cesantías previa aprobación por el inspector de trabajo. El numeral 3 del artículo en mención rezaba de la siguiente forma:

3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores, deben ser aprobados por el respectivo inspector del trabajo, o, en su defecto, por el alcalde municipal, previa demostración de que van a ser dedicados a los fines indicados en dichos numerales.

A partir de la nueva norma en mención (Ley 1429 de 2010, artículo 21), el numeral 3º del artículo 256 del C.S.T. quedó así:

3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores se aprobarán y pagarán directamente por el empleador cuando el trabajador pertenezca al régimen tradicional de cesantías, y por los fondos cuando el trabajador pertenezca al régimen de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y la Ley 91 de 1989, que hace referencia al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa solicitud por escrito

del trabajador, demostrando además, que estas van a ser invertidas para los fines indicados en dichos numerales.

De esta forma se suprime la previa aprobación por parte del inspector de trabajo, el cual solo interviene en caso de que el empleador o el fondo de cesantía no responda la solicitud del trabajador. Por lo tanto basta con la solicitud que el trabajador haga al empleador o al fondo de cesantías, presentando los documentos que demuestren que serán usados para fines de vivienda, para que este quede obligado a hacer el pago parcial de cesantías en un término máximo de cinco días. El artículo 21 de la Ley 1429 dice lo siguiente:

“... Formulada la solicitud de pago parcial de cesantías por el trabajador con el lleno de los requisitos legales exigidos, el empleador o el fondo privado de cesantías, según el caso, deberá aprobar y pagar el valor solicitado dentro del término máximo de (5) días hábiles. Vencido este plazo sin que se haya realizado el pago, el trabajador solicitará la intervención del Ministerio de la Protección Social, para que ordene al empleador o al fondo privado realizar el pago correspondiente, so pena de incurrir en la imposición de multas.”

1.4 PRINCIPIOS Y GARANTIAS DEL DERECHO LABORAL Y CONSTITUCIONAL APLICABLES AL AUXILIO DE CESANTIA

La figura o institución del auxilio de cesantía, al igual que otras instituciones del derecho, no se encuentra aislada en el ordenamiento jurídico ni tampoco es una figura autónoma, sino que hace parte del derecho laboral por ser una obligación que nace del contrato de trabajo. En virtud de lo anterior, el auxilio de cesantía debe interpretarse en consonancia con algunos principios generales del derecho laboral que no pueden desconocerse so pena de incurrirse en quebranto de esa justicia social que persigue esta rama del derecho. Estos principios, que anteriormente tenían un rango estrictamente legal, han adquirido hoy día mucha más relevancia debido al proceso de constitucionalización del derecho laboral, que a partir de la constitución de 1991, elevó el trabajo a la categoría de derecho constitucional fundamental, dada la concepción del Estado Social de Derecho y de la dignidad de la persona humana como eje y fundamento del estado y del ordenamiento jurídico.

Según Guillermo Guerrero Figueroa⁹, la constitución de 1991 abrió las puertas para que se consagre definitivamente el verdadero derecho social del trabajo, que es el de aminorar las desigualdades e imponer la paz social, y su nuevo concepto

⁹ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. El Derecho Laboral en la Constitución Nacional. Cartagena de Indias: TECNAR, 2008. P. 11,12.

supera la simple valoración material de este, elevándose a un derecho ligado con la vida y la esencia del ser humano. Es por esto que la constitución se impone como fin el de asegurar y proteger el trabajo dentro de un orden económico y social justo (preámbulo), y su respeto es eje fundamental del estado social de derecho (art.1). De la misma forma, la magna carta eleva el trabajo a la categoría de derecho fundamental y de obligación social, convirtiéndose en objeto de especial protección por parte del Estado (art.25), de manera que se protegen también los derechos económicos resultantes del trabajo, pues por tener su origen en este, también adquieren el rango de derechos constitucionales fundamentales¹⁰.

De esta forma, la constitución se convierte en el primer orden normativo protectorio del trabajo, y en virtud de esa protección reforzada ha establecido unos principios y garantías mínimos que se convierten en referente obligado en la consagración e interpretación de normas laborales (art.53), los cuales deben ser celosamente respetados por las autoridades y los funcionarios estatales, teniendo en cuenta que uno de los fines esenciales del estado es la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes que genera la actividad humana (art.2 de la C.N.), en especial los que se derivan de la actividad laboral.

¹⁰ Ver entre otras las siguientes sentencias: T-496 de 1993, T-260 de 1994, C-1110 de 2001 y C-823 de 2006 de la Corte Constitucional.

Los principios fundamentales del derecho del trabajo, según Jairo Alonzo López¹¹, son los razonamientos que inspiran y definen el sentido de sus normas con un juicio distinto a otras ramas jurídicas; igualmente sirven de guía en la interpretación de sus normas, constituyéndose en su base primordial. Los principios fundamentales se definen como los criterios que orientan o fundamentan un determinado sistema jurídico, y dado que cada rama del derecho recoge principios específicos que las dotan de autonomía relativa, no es extraño que en el derecho laboral, los principios no solo tengan un alcance orientador, sino identificante, pues la existencia de principios propios en esta rama del derecho, son los que le dan la identidad como rama diferenciada. Por lo tanto, todas las instituciones o figuras que nacen en virtud de la relación laboral deben aplicarse e interpretarse en concordancia con estos principios.

De esta forma, el acto de definir el sentido y alcance de las normas que regulan el auxilio de cesantía, es una operación que debe estar guiada u orientada por los principios del derecho laboral por ser una institución resultante de esta rama del derecho, principios que, como dijimos anteriormente, han sido elevados a la categoría de rango constitucional. Estos principios son:

¹¹ LOPEZ CARDENAS, Jairo Alonzo. derecho laboral Individual. Medellín, 2008 p, 32.

1.4.1 Principio de irrenunciabilidad.

Este principio consiste en la ineficacia de un acto de voluntad por parte del trabajador para hacer abandono de un derecho reconocido a su favor. La razón de ser de este principio radica en que las prerrogativas que la legislación laboral le otorga al trabajador tienen el carácter de beneficios mínimos, es decir, se trata de logros alcanzados a su favor a través de luchas sociales y sin las cuales la relación laboral no reuniría las condiciones mínimas de dignidad y de justicia, dado el carácter esencial que tienen estos beneficios para la conservación de la dignidad humana del trabajador. Este principio responde también, al hecho de que las normas laborales son de orden público, por lo cual el Estado limita la autonomía de la voluntad privada, impidiéndole al empleador modificar las condiciones del trabajo en perjuicio del trabajador. Se trata entonces de una clara orientación proteccionista del derecho laboral a favor del trabajador, dada su condición de debilidad económica frente al empleador.

Respecto al auxilio de cesantía, la Corte Constitucional ha dicho que este principio tiene aplicación directa sobre esta figura, con base en que la cesantía, -como prestación social que es- constituye un derecho irrenunciable. Por otro lado, dado que los convenios de la O.I.T. y la constitución protegen toda forma de remuneración, la corte sostiene que la protección constitucional al salario cobija también al auxilio de cesantía, pues, no obstante la diferencia normativa entre

estas, tiene en común el carácter remuneratorio, dado que la cesantía no deja de ser una retribución a la labor subordinada. Por esto, los principios que se le aplican al salario como el de la irrenunciabilidad, también se le aplican al auxilio de cesantía. Debemos recordar que este principio no es absoluto, sino que está sujeto a excepciones como el fenómeno de la prescripción, como lo veremos mas adelante.

1.4.2 Principios de la seguridad social.

La seguridad social se define como el conjunto de beneficios dirigidos a la protección de los riesgos o contingencias que pueden menoscabar la integridad, la salud o la dignidad de las personas, tales como la vejez, invalidez, enfermedad, desempleo, accidente o enfermedad profesional o muerte. La Ley 100 de 1993, en su preámbulo dispone que la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. La Constitución Nacional por su parte, consagra la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio y como derecho irrenunciable,

elevado a la condición de derecho fundamental según pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia T-260 de 2008.

La misma Constitución establece unos principios que deben orientar no solo la prestación de este servicio público, sino también la regulación e interpretación de las normas o procedimientos referentes a la seguridad social, entre los cuales se destaca el de eficiencia, universalidad y solidaridad. Estos principios se aplican o amparan al auxilio de cesantía por quedar cobijada dentro del concepto de seguridad social, dada su condición de prestación social.

La corte constitucional, en la sentencia C-823 de 2006 extendió el beneficio de las cesantías a los trabajadores ocasionales que en principio no se les aplicaba, pues la exclusión de este beneficio para este tipo de trabajadores vulneraba el principio de universalidad que rige la seguridad social, pues dicho principio establece que, las garantías comprendidas dentro de la seguridad social (entre las cuales está la cesantía) deben cobijar o cubrir a todas las personas sin ninguna clase de distinción o discriminación. Esto a su vez nos permite ver como la aplicación de los principios se convierte en un criterio importante a la hora de darle solución a casos concretos.

1.4.3 Derechos adquiridos.

Este principio surge como una medida de protección o defensa de los derechos reales o personales que han nacido a favor de una persona y que han ingresado de forma efectiva al patrimonio de esta. De esta forma no se protegen meras expectativas, sino situaciones jurídicas consolidadas como consecuencias del cumplimiento de las hipótesis jurídicas de hecho establecidas en la ley, en especial cuando dichas situaciones tienen una proyección patrimonial. Este principio nace con el fin de proteger los derechos subjetivos de las personas frente a las modificaciones de una nueva ley que pueda afectar el reconocimiento de tales derechos. Esto significa que, cuando un trabajador reúne los requisitos de ley para merecer el beneficio del auxilio de cesantía, esta, por su alcance patrimonial, se constituye en un derecho adquirido¹² el cual no puede ser desconocido por modificaciones de leyes posteriores.

1.4.4 Remuneración móvil.

Según este principio (que se aplica predilectamente al salario mas no exclusivamente) la remuneración laboral debe ser móvil, es decir, debe actualizarse en la misma medida en que se modifique el costo de vida con el fin de conservar su poder adquisitivo. Se busca entonces reajustar los salarios teniendo

¹² Ver sentencia de la Corte Constitucional C-496 de 1993.

en cuenta las fluctuaciones monetarias propias de una economía inflacionaria como la colombiana. Dada la relación directa que hay entre la remuneración laboral y la satisfacción de las necesidades básicas tanto del individuo como de su núcleo familiar, en aras de alcanzar un modo de vida digno, lo lógico es, que si el costo de vida sube generando pérdida del poder adquisitivo de la moneda, los salarios se reajusten de manera que puedan satisfacer el consumo de las cosas necesarias y el goce de los bienes indispensables para una vida dignamente aceptable. Este principio se aplica no solo al salario, sino también a las pensiones y a las prestaciones, y opera no solo en relación con el costo de vida, sino también cuando se hacen pagos tardíos de los beneficios laborales, caso en el cual se aplica el mecanismo de la indexación que no es otra cosa que el ajuste salarial y pensional motivado en la desvalorización de la moneda. Esta figura se usa con frecuencia en materia de litigios laborales, donde por la demora de los procesos, se hace necesario reajustar los valores objeto del litigio, al valor que tiene la moneda al momento en que falla el juez, y no al que tenía cuando se inició el proceso.

Según la Corte Constitucional, este principio o criterio del salario móvil no solo comprende al salario, sino a otras retribuciones como la cesantía¹³, pues en caso de pago tardío de esta, los trabajadores tienen derecho a que estas no pierdan su poder adquisitivo. Lo anterior con base en lo establecido por el artículo 53 de la

¹³ Ver sentencias T-260 de 1994 y C-448 de 1996 de la Corte Constitucional.

C.N. donde no solo consagra el principio del salario mínimo vital y móvil, sino que señala también que "el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales" donde la palabra pensión cobija a todas las remuneraciones originadas en el contrato de trabajo, v. gracia las cesantías.

1.4.5 Principio de la norma e interpretación más favorable al trabajador.

Conocido como principio de favorabilidad o "pro operario", el cual se encuentra consagrado en el artículo 53 de la C.N. y en el artículo 21 del C.S.T. este principio opera de dos formas: la primera es cuando existe un conflicto entre dos normas aplicables a un caso en concreto, y surge una duda acerca de cuál debe aplicarse. Para este caso, se debe aplicar la norma que sea más favorable al trabajador. El otro caso es cuando existe una sola norma aplicable pero susceptible de varias interpretaciones. Aquí se debe escogerse la interpretación más favorable al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no solo cuando existe conflicto entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; cualquiera que sea el caso, la norma que se escoja debe ser aplicada en su integridad y no parcialmente, ya que no le está permitido al juez elegir de la norma lo más ventajoso y crear así una tercera. Esto nos permite concluir que, en virtud del principio en mención, las normas sobre cesantías, en caso de admitir diversas interpretaciones, deben interpretarse en el sentido que sea más favorable al trabajador.

2. ALCANCE DE LAS CESANTIAS EN LAS NORMAS DE LA OIT

Como es sabido, la OIT es una organización internacional que funciona como una agencia adscrita a la ONU, creada con el objetivo de fomentar y promover el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de las masas trabajadoras mediante la adopción de normas internacionales, políticas y programas encausada a este logro¹⁴.

Uno de los objetivos principales de esta organización ha sido la promoción del empleo, por lo cual siempre ha buscado atenuar los efectos sociales que generan un crecimiento cada vez mas elevado de desempleo y subempleo a nivel global. Al respecto, la organización ha señalado en sus recomendaciones y convenios, medidas que los estados miembros deben aplicar y que están dirigidas a amparar a los trabajadores frente a los riesgos que se derivan de la perdida del empleo.

Es así como la OIT ha incluido al desempleo dentro de los riesgos amparados por la seguridad social, el cual debe ser suplido mediante una indemnización o prestación social a cargo del empleador.

¹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las Normas Internacionales del Trabajo, Manual de educación obrera. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, cuarta edición, 1998. P, 4-9.

En la recomendación No. 67 sobre la seguridad de los medios de vida adoptado en 1944, por ejemplo, dicha organización clasifica al desempleo como uno de los riesgos que debe ser cubierto por el seguro social mediante prestaciones otorgadas por el mismo, lo cual se justifica en la pérdida de ganancia que genera dicha situación para el trabajador impidiéndole acceder a los bienes necesarios para su subsistencia. Así lo establecen los artículos 5 al 7 de la mencionada recomendación:

5. Los riesgos cubiertos por el seguro social obligatorio deberían incluir todos aquellos casos en los que el asegurado se vea impedido de ganar su subsistencia, ya sea a causa de su incapacidad para trabajar o para obtener trabajo remunerado, ya en caso de que muera dejando una familia a su cargo, y deberían incluir también, siempre que no estén cubiertos por otros medios, ciertos riesgos afines que se produzcan frecuentemente y representen una carga excesiva para las personas que dispongan de ingresos limitados.

6. Debería otorgarse una indemnización en caso de incapacidad para trabajar y de muerte causada por el trabajo.

7. A fin de que las prestaciones otorgadas por el seguro social puedan ajustarse estrechamente a las diversas necesidades, los riesgos cubiertos deberían clasificarse como sigue:

a) enfermedad;

b) maternidad;

c) invalidez;

d) vejez;

e) muerte del jefe de familia;

f) desempleo;

g) gastos extraordinarios;

h) daños (heridas o enfermedades) causados por el trabajo.

Sin embargo, no podrán acumularse las prestaciones de invalidez, vejez y desempleo.

Otra norma importante es el convenio 102 sobre la seguridad social que establece las distintas prestaciones que deben ser reconocidas a los trabajadores, entre las cuales esta la de desempleo, entendido como la suspensión de ganancias ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo. Dicho artículo preceptúa lo siguiente:

Artículo 19: *Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.*

Artículo 20: *La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo.*

Por otro lado esta la recomendación 66 sobre la terminación de la relación de trabajo que establece algunas medidas a favor del trabajador en aras de mitigar los riesgos que genera dicha eventualidad. El artículo 18 de dicha normativa establece que, finalizado el vínculo laboral, todo trabajador tendrá derecho a:

a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o

b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o

c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

De esta forma, se constata la especial preocupación por parte de la OIT frente al fenómeno del desempleo como uno de los flagelos que mas afecta a la clase trabajadora. Por esta razón, se ha preocupado porque los países incluyan el reconocimiento de una prestación destinada especialmente a amparar dicha contingencia mientras el trabajador se vincula nuevamente al mercado laboral.

Es por esto que la mayoría de los países han establecido en sus legislaciones una prestación que se ajuste a los lineamientos de la OIT, la cual ha tomado diversas denominaciones que va desde seguro de desempleo, subsidio por desempleo, seguro de paro o auxilio de cesantía en el caso colombiano, pero todas responden a la misma filosofía, constituir un respaldo económico para el trabajador ante el cese de la relación laboral, constituyéndose en una de las contingencias cobijadas por el sistema de seguridad social. Sin embargo, los efectos adversos de la crisis económica global ha imposibilitado la instauración de un seguro de desempleo propiamente dicho, por lo cual, muchos países han optado por mecanismos mas prácticos y menos utópicos para enfrentar esta problemática.

En Colombia por ejemplo se opto por la figura del auxilio de cesantía, la cual se creo en sus inicios con fines indemnizatorios, pero que en la actualidad responde a los objetivos trazados por la OIT para este tipo de prestación. Según la Corte Constitucional¹⁵, el auxilio de cesantía es una figura que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador dado que contribuye a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, erigiéndose así como una de las prestaciones más importantes por su contribución al mejoramiento de la calidad de vida del trabajador, siendo consecuente con los postulados establecidos por la OIT.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-661 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Es por esto que la Corte Constitucional ha manifestado que las normas internacionales sobre protección al salario cobijan a las cesantías¹⁶. En efecto, el numeral 2 del artículo 12 del convenio No. 95 de la OIT establece que al término del contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, y a juicio de la corte, la hermenéutica de la norma indica que el término salario cobija a las cesantías por ser una remuneración derivada del contrato laboral, resaltando la importancia del pago oportuno y el ingreso real de las cesantías al patrimonio del trabajador.

No obstante la garantía al acceso y pago oportuno de las cesantías que pregona el orden internacional y el orden constitucional, conviene recordar que si el trabajador no las reclama oportunamente, podrán ser afectadas por el fenómeno de la prescripción extintiva, pues las garantías sobre el reconocimiento de esta prestación están supeditadas al reclamo oportuno, en caso contrario el trabajador estará expuesto a la pérdida de ellas por prescripción.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN MATERIA LABORAL

3.1 NOCIÓN, NATURALEZA Y OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Antes de entrar a analizar la prescripción extintiva laboral, se hace necesario hacer algunas precisiones generales sobre esta figura que, aunque es propia del régimen civil, se aplica a otras ramas del derecho como en el caso de las obligaciones laborales.

Noción

Tanto del concepto que trae el código civil, como del concepto que brindan los doctrinantes, se puede afirmar sin lugar a dudas que la prescripción extintiva, también conocida como negativa o liberatoria, es un modo de extinción de las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido o exigido durante un determinado lapso de tiempo¹⁷. Aunque nuestro código civil regula la prescripción extintiva conjuntamente con la adquisitiva, y ambas tienen en común el elemento esencial del tiempo, éstas se diferencian en que por la prescripción adquisitiva se adquieren derechos reales, mientras que la extintiva sirve para extinguir las obligaciones. Esta situación ha llevado a que el término prescripción sea de doble

¹⁷ HINESTROSA, Fernando. La Prescripción Extintiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. P. 11.

significado, ya sea un modo de adquirir o extinguir un derecho por el transcurso del tiempo, haciendo referencia a los dos tipos de prescripción: la adquisitiva o usucapión, y la extintiva o liberatoria.

Esta regulación conjunta de ambos tipos de prescripción en una misma norma no es propia de nuestro código civil, y sin detenernos mucho en esto, debemos decir que ha sido un asunto muy debatido a nivel doctrinal, pues hay quienes sostienen que esto es un error metodológico¹⁸ pues si por la prescripción adquisitiva se adquieren derechos reales, esta debió ubicarse precisamente en el capítulo que se ocupa de tales derechos, y el capítulo de las obligaciones limitarse solamente a la prescripción extintiva. No obstante, la tendencia histórica ha sido la reglamentación conjunta de ambas prescripciones, pues como dice ALESSANDRI RODRIGUEZ¹⁹, el criterio francés, -del cual se sigue el código civil colombiano entre otros-, es un criterio de orden práctico que busco evitar repeticiones inútiles, y ya que ambas prescripciones tienen elementos comunes, lo mejor era tratarlas en un mismo título.

¹⁸ OSPINA FRENANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá: Temis, 2008. P. 465.

¹⁹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil-Teoría de las Obligaciones. Chile: El Esfuerzo, 1979. p, 473.

Naturaleza

Mucho se ha debatido acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción, es decir, si es una institución que pertenece al derecho sustantivo, o si es una institución de tipo procesal.

Según la concepción procesalista, la prescripción extintiva se toma como una excepción judicial que tiene el deudor frente a las pretensiones del acreedor, ya que esta no puede ser declarada de oficio por el juez, sino que debe ser alegada y resuelta en juicio. Es un medio de defensa a través del cual se declara la extinción de la acción como el medio con que cuenta el acreedor para reclamar su derecho por no haberlo ejercido durante el tiempo establecido. Por esto se dice que la prescripción es de corte procesal, porque lo que ataca no es el derecho en sí mismo sino el instrumento procesal para reclamar ese derecho, esto es la acción ejecutiva.

Pero si fuera cierto que la prescripción extingue la acción, el acreedor no debería poder accionar o demandar, es decir, si el quedara desprovisto de la acción por el efecto extintivo de la prescripción, no debería poder acudir ante la jurisdicción para hacer valer su derecho, mas sabemos que cualquier persona puede hacerlo (aun cuando el derecho pretendido no lo posea). Esto nos lleva a preguntarnos ¿Qué es lo que realmente queda extinguido por la prescripción? Se puede responder

que efectivamente si se extingue la acción, pero entendida esta no tanto como el derecho inalienable de acudir ante la jurisdicción, sino como el derecho a obtener la tutela o el amparo del aparato jurisdiccional, frente a una determinada pretensión o derecho²⁰. De manera que, el acreedor no queda privado del derecho de acudir (demandar) ante la jurisdicción, sino que queda privado del derecho de tutela por tratarse de un derecho prescrito.

Dicho lo anterior, es claro que la extinción de la acción arrastra simultáneamente la extinción del derecho, pues un derecho sin la posibilidad de hacerlo efectivo jurídicamente, simplemente deja de ser. De manera que, la prescripción tiene un efecto directo sobre el derecho y no solo sobre la acción que lo hace valer, por esto se argumenta que la prescripción es de derecho sustancial y no procesal²¹.

La doctrina moderna se inclina más hacia el matiz sustancial de la prescripción sobre todo porque en la actualidad no cabe duda sobre la concepción de esta como una forma de extinción del vínculo obligacional más que una simple liberación del deudor de la persecución judicial por parte del acreedor. De todas

²⁰ Ver la definición que trae Robert del Águila Vera sobre la palabra acción en el artículo titulado La Prescripción Extintiva y su aplicación en el Ámbito laboral publicado por la revista actualidad jurídica tomo 111, http://www.laboraperu.com/doctrina/temasprocesales/delaguila_prescripcion.htm

²¹H. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Manual de Obligaciones. Buenos Aires: Astrea, 1997. p, 550.
OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá: Temis, 2008. P, 730.

formas es clara la dualidad que reviste esta figura por los aspectos procesales que también hacen parte de ella.

Objeto

Este es un aspecto que guarda relación con el anterior, pues se busca determinar el objeto sobre el cual recae la prescripción extintiva: si sobre la acción del acreedor, la obligación o el derecho. Debido a que algunos códigos (entre los cuales está el colombiano) traen una redacción que habla de la “prescripción de las acciones y derechos”, ha llevado a algunos tratadistas, como Alessandri Rodríguez²², a sostener que lo que se extingue por la prescripción extintiva no es la obligación sino la acción del acreedor. Este argumento lo respaldan con el hecho de que el código civil establece que las obligaciones prescritas se convierten en obligaciones naturales, confirmando según ellos que no se extingue la obligación, sino que esta sobrevive o subsiste pero bajo la forma de una obligación natural²³. Otros por el contrario, sostienen que la prescripción extingue ambas cosas, tanto la acción como la obligación. Algunos autores consideran más acertada esta posición, pues como lo dice Compagnucci de Caso²⁴, si la obligación natural no tiene relevancia en el mundo jurídico puesto que no se puede hacer valer jurídicamente, entonces tampoco constituye una relación jurídica, lo

²² ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil-Teoría de las Obligaciones. Chile: El Esfuerzo, 1979. p, 474-475.

²³ LLAMBIAS, Jorge. Manual de Derecho Civil-Obligaciones. Buenos Aires: Editorial perrot, 1997. p, 505.

²⁴ H. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Manual de Obligaciones. Buenos Aires: Astrea, 1997. p, 551.

cual equivale a decir que no existe obligación. De manera que la prescripción concluye con el derecho mismo. Son de esta posición autores como Álvaro Pérez Vives²⁵, Fernando Hinestrosa²⁶, Manuel Borja Soriano²⁷, entre otros. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que la prescripción extintiva no solo tiene unas implicaciones procesales, sino también sobre el derecho sustancial:

“...El interés del legislador, al atribuirle estas consecuencias al paso del tiempo, es entonces el de asegurar que en un plazo máximo señalado perentoriamente por la ley, se ejerzan las actividades que permitan acudir a quien se encuentra en el tránsito jurídico, a la jurisdicción, a fin de no dejar el ejercicio de los derechos sometido a la indefinición, en detrimento de la seguridad procesal tanto para el demandante como el demandado. De prosperar entonces la prescripción extintiva por la inactivación de la jurisdicción por parte de quien tenía la carga procesal de mover el aparato jurisdiccional en los términos previstos, es evidente que aunque el derecho sustancial subsista como obligación natural acorde a nuestra doctrina, lo cierto es que éste no podrá ser exigido legítimamente ante la jurisdicción, por lo que en la práctica ello puede implicar ciertamente la pérdida real del derecho sustancial.”²⁸

²⁵ PEREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Bogotá: Temis, 1955 p, 460.

²⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p, 819-820.

²⁷ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. México: Editorial Porrúa, 1985. p, 649.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

3.2 MARCO LEGAL DE LA PRESCRIPCION EN EL AMBITO LABORAL COLOMBIANO.

El régimen laboral colombiano consagra la prescripción de las obligaciones laborales²⁹, la cual se encuentra regulada por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo. Dichos artículos dicen lo siguiente:

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

***Artículo 151.-** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*

De la transcripción de estos artículos se puede hacer las siguientes precisiones:

- a) A pesar de la importancia de las obligaciones y derechos que emanan del contrato de trabajo, y de la relevancia constitucional que han adquirido hoy

²⁹ GONZALEZ CHARRY, Guillermo. Tratado de Derecho del Trabajo. Bogotá: El Foro de la Justicia, 1985. P, 681-694.

día, nuestro ordenamiento jurídico no se inclina por la imprescriptibilidad de tales derechos, todo lo contrario, consagra la posibilidad de que estos derechos se pierdan por la inacción injustificada del trabajador dentro de un término establecido en la ley (3 años). Dicho de otra forma, si el trabajador deja pasar un lapso de tres años sin reclamar sus derechos, los pierde por prescripción.

No obstante que el derecho laboral se rige por el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, por ser sus normas de orden público y por la especial protección al trabajador en su condición de desigualdad frente al empleador, el ordenamiento jurídico consagra algunas excepciones, lo que equivale a decir que dicho principio no es absoluto.

Una de estas excepciones se presenta cuando los derechos laborales son inciertos y discutibles, casos en los cuales el trabajador puede conciliar o transigir sobre tales derechos, lo cual implica una renuncia expresa a ellos. La otra excepción es considerada como una renuncia tácita y es cuando se presenta el fenómeno de la prescripción por dejar el titular de ejercer o reclamar oportunamente sus derechos dentro del tiempo estipulado por la ley. Todo indica entonces que, para el legislador colombiano la prescripción de las obligaciones laborales no vulnera el principio de irrenunciabilidad, no

solo porque la prescripción garantiza el orden público, sino porque garantiza también la seguridad jurídica que debe imperar en todas las relaciones, incluyendo las de tipo laboral.

b) otro aspecto por destacar tiene que ver con el objeto de la prescripción extintiva laboral: si la acción, el derecho, o ambos, de manera que caemos aquí en el mismo interrogante que se plantea en el régimen civil ¿Qué es lo que prescribe, la acción o el derecho? la redacción de las normas transcritas anteriormente, parece indicar que lo que prescribe en materia laboral son las acciones y no los derechos u obligaciones, sin embargo, y al igual que en lo civil, el efecto extintivo de la prescripción laboral no solo se proyecta sobre la acción, sino que lo hace también sobre la obligación misma. Declarada la prescripción por el juez laboral, la obligación queda sin la posibilidad jurídica de hacerla efectiva, lo que implica entonces que la obligación queda extinguida. De manera que la prescripción opera como una verdadera forma de extinción de las obligaciones laborales.

c) En cuanto al plazo se puede decir que la ley colombiana toma partida por la prescripción de corto plazo (tres años), que según la Corte Constitucional³⁰ garantiza una mayor prontitud en el ejercicio de la acción en beneficio tanto

³⁰ Ver la sentencia de la Corte Constitucional C-072 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

del trabajador como del empleador. Dicha corporación establece que a la relación laboral le interesa la inmediatez y la prontitud que son mejor amparadas por las prescripciones cortas y no de largo plazo. En cuanto al inicio del cómputo de la prescripción en laboral, la ley adopta la teoría civil de la exigibilidad de las obligaciones al decir que la prescripción se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. En el siguiente apartado se analizara mejor este aspecto cuando se hable de la exigibilidad de las obligaciones laborales.

- d) El artículo 151 del código procesal laboral establecen un caso especial de interrupción de la prescripción en el ámbito laboral. A las formas de interrupción de la prescripción extintiva que consagra el código de procedimiento civil colombiano³¹ - que por analogía se aplican en el campo laboral-, el régimen laboral colombiano añade otra forma de interrupción, - es este caso extrajudicial-, que se presenta cuando el trabajador hace el reclamo por escrito al empleador sobre un derecho u obligación determinada. Según las normas mencionadas, este simple reclamo por escrito interrumpe por una sola vez la prescripción, la cual comienza a contarse nuevamente a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente. Debemos recordar que la interrupción

³¹ “Conviene indicar que el artículo 90 del CPC, en su redacción actual sigue siendo aplicable analógicamente al ordenamiento adjetivo laboral, por no existir en este procedimiento norma que regule la interrupción judicial de la prescripción” sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 5441 de 21 de enero de 1993, M.P. Manuel Enrique Daza Álvarez.

tiene como efecto la ineficacia del tiempo transcurrido hasta el momento, es decir, que el tiempo corrido desde que esta se inició, se pierde, y por lo tanto se inicia uno nuevo, a diferencia de la suspensión en donde el tiempo corrido no se pierde, sino que se paraliza o se congela mientras duren los efectos del hecho o causal que dio lugar a la suspensión. Al cesar esta, la prescripción continúa nuevamente su curso, añadiéndosele el tiempo anterior.

- e) Por ultimo se debe mencionar que, al igual que en lo civil, la prescripción en laboral no puede ser declarada de oficio por el juez, sino que debe ser alegada en juicio por la parte que se beneficia de ella³², y en el momento procesal oportuno, esto es, la contestación de la demanda o la primera audiencia de tramite. En caso de que la parte demandada no la alegue y guarde silencio, dicha actitud puede ser asumida como una renuncia tacita a la prescripción, y por lo tanto las obligaciones se mantienen vigentes.

³² “la excepción de prescripción es una de aquellas que requiere de expresa proposición por la parte demandada, en los claros términos del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo pertinente a los procesos laborales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. “sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 6315 de 16 de Diciembre de 1993, M.P. Rafael Méndez Arango.

3.3 EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el apartado anterior vimos algunas características destacables de las normas que consagran la prescripción en el ámbito laboral, que son prácticamente las mismas características que hacen parte de la prescripción extintiva del régimen civil, lo cual es una consecuencia lógica de la aplicación civilista de la prescripción en el ámbito laboral, debido a que el artículo 488 del C.S.T. no hace sino transcribir casi en los mismos términos el artículo 2535 del código civil; por lo tanto, los vacíos u omisiones que se presenten en el derecho laboral respecto de esta figura, deberán ser solucionados mediante la aplicación supletoria de las normas civiles, respetando obviamente las particularidades del régimen laboral.

Una de esas características tiene que ver con el momento a partir del cual se comienza a contar el término prescriptivo de la acción laboral, que según el artículo 488 del C.S.T. se inicia desde el momento en que la obligación se halla hecho exigible, acogiendo así la teoría aplicada por nuestro código civil.

Analizaremos entonces, en primer lugar, como opera la teoría de la exigibilidad de las obligaciones en el régimen civil, para luego mirar cómo opera la misma

respecto de las obligaciones laborales teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia.

3.3.1 Exigibilidad de las obligaciones en el régimen civil.

Según el artículo 2535 de nuestro Código Civil, la prescripción se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, es decir, desde el momento en que el acreedor haya estado en situación de poder ejercitar su derecho. Es por esto que la doctrina ha sido unánime en concluir que la prescripción comienza cuando nace la acción respectiva, en aplicación de los principios romanistas *Contra non valentem agere non currit proscripto* (cuando no puede accionarse no corre la prescripción), y *Actio non nata non proescribitur* (acción que no nace no prescribe); que son los principios acogidos por nuestro código civil. De manera que será la naturaleza misma de las obligaciones la que determinara su exigibilidad como presupuesto para su prescripción.

En el caso de las obligaciones puras y simples la prescripción comienza a contarse desde que se perfecciona la relación obligacional, pues estas obligaciones son exigibles desde el momento en que nacen a la vida jurídica. La Corte Suprema de Justicia las define como aquellas en que el momento de su nacimiento y aquél en que debe ser cumplida coinciden, esto es, el instante de

adquisición del vínculo jurídico y el de la exigibilidad de la prestación (dar, hacer o no hacer) que de ella emana para las partes se confunden. Esos dos aspectos se presentan al mismo tiempo. Por esto ha dicho la doctrina³³ que las obligaciones puras y simples son las que no están sometidas a plazos o condiciones, por lo tanto faculta a su titular para exigir su cumplimiento desde el momento de su constitución, de manera que a partir de ese momento inicia la prescripción. Un ejemplo de este tipo de obligaciones es la condena en costas impuesta a través de laudo, pues resulta exigible a partir de la ejecutoria de la providencia.

En las obligaciones sometidas a plazo o a término, la prescripción habrá de contarse desde el momento en que se cumple el plazo, pues solo desde ese momento puede exigirse su cumplimiento. Si bien la obligación nace desde el mismo momento en que se constituye, su cumplimiento queda supeditado a la fecha pactada por las partes, de manera que el plazo no influye en el nacimiento de la obligación, solo retarda su exigibilidad. Otra forma de posponer la exigibilidad de una obligación es cuando se somete a una condición, evento en el cual la prescripción comenzara a correr desde el momento en que dicha condición se cumpla y no antes. Por otro lado están las obligaciones periódicas o distribuidas

³³ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo: Régimen General de las Obligaciones. Bogotá: Temis, 2008. p. 471.

en cuotas, cuya prescripción comienza a contarse a medida que se hace exigible cada una de las cuotas³⁴.

3.3.2 Naturaleza tracto sucesivo de las obligaciones laborales.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha sido unánime en sostener que el contrato de trabajo comparte, entre otras cualidades, el de ser un contrato de tracto sucesivo³⁵. Lo anterior significa que el contrato laboral es de ese tipo de contratos cuyas obligaciones o prestaciones no se ejecutan de manera instantánea o en un solo acto, sino que se ejecutan en periodos escalonados de tiempo, de manera que se va perfeccionando a medida que el tiempo va transcurriendo. Por lo general todo empleador requiere de la actividad personal del trabajador por un tiempo prolongado y de forma continua, y a cambio se obliga a pagarle a este una remuneración en la misma forma en que dicha actividad se va ejecutando, es decir si se pacta un pago mensual el empleador está obligado a pagarle al trabajador, al término de cada mes, la remuneración a que este tiene derecho por prestarle sus servicios, de manera que el trabajador deberá continuar prestando sus servicios si quiere seguir recibiendo un salario. De esta forma, la dinámica del contrato de trabajo hace que las obligaciones que contraen las partes

³⁴ HINESTROSA, Fernando: Tratado de las Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p, 826.

³⁵ CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho laboral Colombiano. Bogotá: Temis, 1981. P, 146.

se vayan ejecutando en periodos de tiempo, de ahí su condición de tracto sucesivo.

Este aspecto es muy importante respecto de la exigibilidad de las obligaciones que emanan del contrato laboral, pues si el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, lo más obvio y lógico es que las obligaciones que surgen de él compartan esa misma naturaleza, es decir que estamos en presencia de obligaciones de tracto sucesivo, lo que no es otra cosa que decir que dichas obligaciones se cumplen o se satisfacen de forma periódica.

Es de advertir que algunas remuneraciones a que tiene derecho el trabajador se deben cumplir en periodos cortos de tiempo, por ejemplo el salario el cual, según la forma en que se pacte su pago, el empleador debe cancelarlo previa verificación de las labores satisfactoriamente ejecutadas por el trabajador en el periodo de tiempo establecido (cada semana, cada quince días o cada mes). Pero existen otras remuneraciones que se cumplen en periodos de tiempo más largo, como las vacaciones, pues el trabajador necesita laborar el periodo de un año para poder acceder a estas, entre otras como más adelante lo veremos. Esto resulta muy revelador cuando tratamos de establecer en qué momento se hacen exigibles las obligaciones laborales, pues si como hemos visto se trata de obligaciones periódicas, estas se hacen exigibles al término del periodo en que cada una de estas se cumplen, remitiéndonos así a la forma como las obligaciones periódicas

se hacen exigibles en el régimen civil. De manera que el inicio del término prescriptivo no es el mismo para todas las obligaciones laborales, sino que este correrá de acuerdo al periodo en que cada una de estas se cumpla o se haga exigible, lo cual en efecto es lo que se interpreta en el ámbito jurídico con algunas variantes como a continuación lo veremos.

3.3.3 Exigibilidad de algunas obligaciones laborales según la Corte Suprema de Justicia.

Tomando como base el supuesto legal que regula la exigibilidad de las obligaciones laborales, es decir el artículo 488 del C.S.T., la corte suprema de justicia ha interpretado que las obligaciones o derechos laborales son exigibles en el momento o periodo en que cada una se causa³⁶, afirmando la naturaleza periódica de estas obligaciones, de manera que la exigibilidad opera de la siguiente forma:

Salario: estos se hacen exigibles al vencimiento del periodo de pago pactado (semanal, quincenal, mensual), incluyendo las remuneraciones por concepto de trabajo en días sábados, domingos, festivos y horas extras³⁷.

³⁶ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 15350 de mayo 23 de 2001, M.P. Fernando Vazques Botero.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 20403 de julio 30 de 2003, M.P. Carlos Isaac Nader.

Prima de servicios: consiste en un mes de salario a que tiene derecho el trabajador y que el empleador debe pagárselo de la siguiente forma, una mitad el último día de junio, y la otra mitad hasta el 20 de diciembre, por consiguiente, la exigibilidad de la prima de servicio para el primer periodo será exigible el 1 de julio de cada año, y la del segundo periodo será exigible el 21 de diciembre.

Auxilio de cesantías: la exigibilidad de la cesantía ha variado según el régimen aplicado, es decir, antes de la ley 50 de 1990 la cesantía se hacía exigible al término del contrato de trabajo; con la entrada en vigencia de dicha ley la corte sostuvo que como las cesantías se liquidaban anualmente y se consignaban en un fondo de cesantías a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación, estas se hacían exigibles el 16 de febrero de cada año. Esta posición fue sostenida por esta corporación hasta el año 2010, pues la actual tesis de la corte es que la cesantía se hace exigible es al término del contrato de trabajo. Más adelante nos ocuparemos con más detalle sobre esta posición y sus fundamentos.

Vacaciones: la exigibilidad de las vacaciones se presenta de dos formas, a saber, si se trata del derecho a 15 días de descanso remunerados, se debe recordar que estos se reconocen al trabajador por cada año de servicio y se gozan el año siguiente al de su causación, de manera que a partir de ese momento es que se hace exigible. En caso de que el trabajador no goce de sus vacaciones durante la

vigencia de la relación laboral, este tendrá derecho a que se le recompensen en dinero por cada año de servicio cumplido o por fracción al término de la relación laboral, por consiguiente, dicha compensación se hará exigible al término del contrato de trabajo. Recapitulemos: el derecho al goce de las vacaciones se hace exigible dentro del año siguiente al de la prestación del servicio (de ahí que según los cálculos, la prescripción del derecho al goce de las vacaciones sea de 4 años), y el derecho a la compensación de las vacaciones se hace exigible al término del contrato de trabajo³⁸.

Indemnización moratoria: esta indemnización tiene lugar cuando el empleador no cancela al trabajador, al término del contrato, los salarios y prestaciones debidas según el artículo 65 del C.S.T., por lo cual no ofrece duda que es al término de la relación contractual que se hace exigible esta indemnización.

³⁸ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 6354, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

3.3.4 Exigibilidad de las obligaciones laborales derivadas del contrato realidad.

Lo que se ha trazado hasta ahora es la forma como se interpreta la exigibilidad y prescripción de los derechos u obligaciones laborales a favor del trabajador por nuestra Corte Suprema de Justicia, interpretación que no genera inconvenientes o dudas cuando se aplica a relaciones laborales perfectamente válidas y reconocidas como tal por ambas partes. Pero qué pasa cuando la relación laboral se disfraza o se encubre mediante otro tipo de vínculo o contrato y se ejecuta sin que la persona tenga la calidad de trabajador y sin reconocimiento de derechos laborales, y posteriormente, mediante un proceso, un juez laboral desvirtúa la simulación declarando que lo que hubo desde el comienzo fue un contrato laboral declarando el reconocimiento y pago de los derechos laborales a la víctima de la simulación; ¿Cómo debe operar o como se interpreta la prescripción de las obligaciones o derechos laborales en una situación semejante?, es decir, ¿desde cuándo debe comenzar a contarse la prescripción?, desde cuándo comenzó a ejecutarse la relación contractual simulada o a partir de la declaración judicial?

Lo primero que se debe establecer es que la situación ilustrada es algo muy común en la práctica, empleadores que encubren una verdadera relación laboral mediante otro vínculo –prestación de servicios, por ejemplo-, con el fin de evadir obligaciones laborales a su cargo, un tipo de maniobra que a menudo es

rechazada por los jueces laborales en aplicación del principio fundamental de primacía de la realidad o contrato realidad, según el cual la relación laboral no es definida por las palabras usadas por los contratantes o la forma que pretendan dar a la misma, sino por el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan, es decir prima la realidad y los hechos sobre los aspectos formales. Es un principio garantista que busca evitar que el empleador, dada su condición de superioridad, se beneficie de los servicios prestados por el trabajador sin aplicarles las disposiciones laborales y sin reconocerle sus derechos, mediante la utilización de otras modalidades contractuales con el fin de disfrazar el vínculo laboral. En aplicación de este principio los jueces laborales por lo general decretan no solo la existencia del contrato de trabajo, sino el reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir por el trabajador, prestaciones a las que igualmente se les aplica el fenómeno de la prescripción, aspecto que si bien no genera dudas, no ocurre lo mismo respecto de la forma como debe aplicarse la exigibilidad y prescripción en este caso, es decir frente a las prestaciones derivadas del contrato realidad.

La doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia de prescripción de obligaciones laborales revela que la aplicación e interpretación de dicha institución, es la misma independiente de si las obligaciones surgen de un contrato laboral válidamente reconocido, o si surgen de un contrato realidad (aquel que necesita ser declarado como tal por el juez dado el encubrimiento hecho por

el empleador). Según esta corporación la prescripción de las acciones laborales corre desde el momento en el cual cada parte de la relación está en la posibilidad legal o contractual de solicitarle a la otra el reconocimiento y pago de la acreencia o de pretenderlo ante la justicia, aspecto que no varía si se trata de obligaciones derivadas del contrato realidad, de manera que la prescripción no se cuenta desde que el juez declara la relación laboral, sino en vigencia de su ejecución. La Corte Constitucional, haciendo un análisis sobre este asunto, lo resume de la siguiente forma:

“...De modo que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene en su jurisprudencia que las acciones laborales, aún cuando se encaminen a reclamar prestaciones derivadas de un contrato realidad, prescriben después de tres (3) años, contados a partir del momento en el cual cada parte de la relación esté en la posibilidad legal o contractual de solicitarle a la otra el reconocimiento y pago de la acreencia o de pretenderlo ante la justicia y que, para determinar ese momento, es necesario advertir lo que al respecto dispongan las normas sustanciales.

Esta interpretación conlleva a que algunas prestaciones se encuentren prescritas al momento en que el juez declara la existencia de la relación laboral, y por ende el trabajador no pueda acceder a ellas.

Por otro lado, el Concejo de Estado ha sentado una posición muy distinta a la que maneja la Corte Suprema sobre este asunto, pues dicha corporación sostiene que la exigibilidad y prescripción de las obligaciones laborales derivadas del contrato realidad comienzan a partir de la decisión judicial y no mientras estuvo vigente el contrato, así lo expresa en sentencia de 19 de febrero de 2009, sección segunda del Concejo de Estado, donde establece lo siguiente:

“...Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.³⁹”

La Corte Constitucional ha manifestado que la interpretación sostenida por Concejo de Estado es otra forma de interpretar la prescripción de obligaciones

³⁹ Radicación No. 730012331000200003449-01. N° interno: 3074-2005. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 19 de febrero de 2009 Consejera ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

laborales derivadas del contrato realidad que perfectamente puede acogerse como una alternativa que, por un lado garantiza el acceso a la administración de justicia y la seguridad jurídica y protege mejor los derechos del trabajador por aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Otra alternativa propuesta por la Corte Constitucional es interpretar que dicha prescripción puede comenzar al término de la relación simulada, todo porque según ella la interpretación dominante de la Corte Suprema no es la única que garantiza los fines que ella persigue; y aunque la Corte Constitucional es consciente que no puede juzgar la interpretación de las otras cortes sobre asuntos que le son propios, porque esto escapa a sus funciones y facultades, sin embargo si dicha interpretación es abiertamente o desproporcionalmente violatoria de la constitución o desconoce derechos fundamentales, es posible entrar a juzgarlas e incluso proponer otras interpretaciones de ley como en efecto ya lo ha hecho⁴⁰.

A manera de conclusión se puede decir que la interpretación dominante de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es que las obligaciones o derechos laborales surgidos del contrato realidad son exigibles desde el momento en que estos se causaron, es decir en vigencia del contrato aunque este haya sido encubierto o disfrazado, mientras que el Concejo de Estado aplica dicha

⁴⁰ Ver sentencia de la Corte Constitucional T-084 del 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

exigibilidad a partir de la declaratoria del juez o decisión judicial por lo tanto es partir de dicha decisión que comienza a correr la prescripción porque a su juicio esta sentencia *“...es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”* Por su parte la Corte Constitucional es del criterio que dicha prescripción debe contarse desde la decisión judicial, como lo establece el Concejo de Estado, o desde la terminación del vínculo contractual como alternativas que amparan mejor los derechos del trabajador, criterio que aunque no es obligatorio para la Corte Suprema, lo será solo cuando por sentencia de tutela y con el fin de amparar derechos fundamentales del trabajador, la corte constitucional así lo ordene.

Como podemos ver, no existe un criterio unificado por parte de las altas cortes respecto de la exigibilidad de las obligaciones emanadas del contrato realidad. Creemos que la razón por la cual la corte suprema no aplica la exigibilidad a partir de la sentencia es porque si estamos en presencia del principio de primacía de la realidad sobre las formas según el cual la relación laboral surge con la realidad de los hechos, entonces las obligaciones nacen a partir de esos hechos y no de la sentencia, de manera que su exigibilidad y su prescripción debe operar antes y no después de la sentencia. Sin embargo es más acertada la tesis del concejo de estado, pues este tipo de sentencia no solo declara la existencia de los derechos laborales sino que estos se constituyen a partir de esta, teniendo en cuenta que

dicha sentencia se convierte en título y causa de los efectos jurídicos que se derivan de su declaración y se producen a partir de esta.

Por otro lado, la teoría de las obligaciones sostiene que uno de los elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es el consentimiento, y mal puede sostenerse que las obligaciones laborales son exigibles mientras estuvo vigente la relación simulada cuando por efecto de dicha simulación, el consentimiento de las partes no estuvo dirigido en principio hacia un vínculo laboral y sobre prestaciones de este tipo. No es que no haya consentimiento, sino que como este no gira en torno a una relación laboral, los derechos u obligaciones laborales nacen o surgen es a partir de la sentencia que declara la existencia de dicha relación por aplicación del principio de contrato realidad.

3.4 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES

Aunque en la doctrina existen muchas explicaciones acerca de la justificación de la prescripción extintiva, no ha faltado los comentarios que se oponen a esta figura argumentando que es contraria a la moral y al derecho natural pues el simple paso del tiempo no puede llevar a que el deudor quede librado del cumplimiento de una obligación. Así lo expresa el jurista Luis Claro Solar cuando dice que es chocante y contrario a la moral admitir que un individuo pueda dispensarse de pagar la deuda que ha contraído por el solo motivo de que ha pasado cierto tiempo después de su compromiso en que no se le ha exigido cumplirlo⁴¹. Por su parte, el autor chileno Arturo Alessandri sostiene lo siguiente:

“...es cierto que la prescripción es hasta cierto punto una institución inmoral, porque puede conducir a una expoliación ya que puede suceder que el deudor no haya cumplido la prestación debida y la prescripción, no obstante eso, lo libere del pago. No podemos dejar de reconocer que la crítica es fundada; pero tampoco se puede dejar de reconocer que los beneficios que presta son superiores a los males que causa...”⁴²

⁴¹ CLARO SOLAR, Luis, citado por GUILLERMO ESCOBAR, Edgar. Prescripción y Procesos de Pertenencia en Colombia. Medellín: Editorial Jurídica de Colombia, 1986. pg. 27.

⁴² ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil-Teoría de las Obligaciones. Chile: El Esfuerzo, 1979. p, 474.

Sin embargo, surge el interrogante de si estas razones permitirían declarar la prescripción extintiva contraria al orden constitucional, o si por el contrario, se encuentra debidamente ajustada a este.

Al respecto debemos decir, que nuestra Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de la prescripción extintiva argumentando que esta institución se fundamenta en principios reconocidos por nuestra carta magna como la seguridad jurídica, por lo tanto no vulnera el orden constitucional, *“...ya que ésta cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales...”*⁴³ Efectivamente, nuestra constitución reconoce como principios fundamentales la prevalencia del interés general y la vigencia de un orden justo, lo cual implica el amparo de la seguridad jurídica, *“...que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial.”*⁴⁴ Coincide con esto la doctrina al sostener que el fundamento de la prescripción es el interés general y la certeza jurídica, como bien lo expresa Eudoro Gonzales Gómez: *“...la prescripción, tanto la una como la otra, es asunto*

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-198 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

de orden público; es una institución de paz y de tranquilidad social; sin ella, los derechos no tendrían nunca la consolidación y seguridad que tan necesarias son al buen orden jurídico."⁴⁵ De manera que se considera atentador de la seguridad jurídica y de un orden justo, que las obligaciones se mantengan indefinidas en el tiempo, pues es precisamente el tiempo un factor determinante en el nacimiento, vida y extinción de las relaciones jurídicas.

Estos argumentos son válidos para justificar la prescripción de casi cualquier tipo de obligaciones, incluyendo las obligaciones laborales, pues a pesar de que se rigen por el principio de irrenunciabilidad de derechos, dicho principio no es absoluto, y encuentra entre unas de sus excepciones la prescripción, que opera como un castigo ante la negligencia del trabajador por no reclamar sus derechos en un tiempo prudencial, pues pasado este tiempo, dice la Corte Constitucional, *no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.* De manera que el derecho, desde sus principios, nunca ha protegido ni premiado, ni protegerá tal negligencia.

⁴⁵ GONZALEZ GOMEZ, Eudoro. De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano. Bogotá: Gama Impresores, 1981. P, 258.

La Corte Constitucional ha expresado que aunque los derechos fundamentales son imprescriptibles, el contenido económico que surge de estos derechos sí. Podemos citar como ejemplo el derecho al reconocimiento de la pensión, que por ser un derecho fundamental es imprescriptible, pero las mesadas pensionales prescriben si no se reclaman dentro del tiempo establecido. Lo mismo sucede con el derecho fundamental al trabajo en donde la corte ha dicho:

“La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.

No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.”

Según esta corporación, lo más consecuente con el orden público y la seguridad jurídica es la consolidación de los derechos u obligaciones laborales, consolidación que no solo se alcanza con su pago oportuno, sino también por medio de su extinción por la inercia del trabajador en su reclamo, pues estos derechos son en su esencia inmediatos y por tanto su reclamo debe ser oportuno y no indefinido, pues lo *“lo justo jamás puede ser inoportuno”*⁴⁶ como lo ha dicho la corte.

⁴⁶ Ver este y otros argumentos en las sentencias C-072 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Meza, C-412 de 1997, C-298 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y C-916 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo.

4. LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS EN LA PRESCRIPCION DE LAS CESANTIAS

Si bien, la prescripción de obligaciones laborales se encuentra ajustada a las normas constitucionales, dicha figura debe aplicarse de tal forma que no se aminoren otros principios reconocidos también por nuestra constitución.

Analizaremos entonces que principios deben ser respetados por el régimen prescriptivo de las cesantías, prestando especial atención a la problemática surgida a raíz de la expedición de la ley 50 de 1990.

4.1 EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR

Los principios de favorabilidad e in dubio pro operario, constituyen unos de los principios más importantes del derecho laboral por ser los que mejor desarrollan el carácter protectorio de esta rama del derecho que busca inclinar la relación laboral en beneficio del trabajador por su estado de inferioridad jurídica y económica frente al empleador. En la primera parte de este trabajo vimos de forma resumida

en que consisten estos principios y como se aplican a la cesantía por ser una prestación que surge del contrato de trabajo, por lo cual queremos concentrarnos ahora en establecer como la aplicación de este principio permitía resolver el problema interpretativo surgido en la Sala Laboral de la Corte Suprema acerca de si la ley 50 de 1990 modifico o no el régimen prescriptivo de las cesantías.

En el año 1997, en sentencia de casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema interpreto que el régimen de liquidación anual de las cesantías y su consignación a más tardar el 14 de febrero de cada año, creado por la ley 50 de 1990, modifico el régimen prescriptivo de esta prestación, estableciendo que a partir de dicha fecha era que se hacía exigible el auxilio de cesantía, una tesis que en la práctica resulto desfavorable para los trabajadores. Sin embargo, dicha corporación no pareció haber tenido en cuenta el mandato superior establecido en el artículo 53 de la constitución política acerca de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” como criterio que se impone en la actividad legislativa y judicial. Esto significa, por un lado, que legislador no puede expedir leyes laborales que pongan al trabajador en situación de desfavorabilidad, y por el otro, que los jueces deben interpretar dichas leyes en la forma que mejor favorezca al trabajador. Recordemos que en el derecho laboral se invierte el principio a favor pro reo de aceptación en el derecho privado, en donde se justifica por ser el deudor la parte débil en las relaciones civiles y comerciales, no así en el derecho laboral donde dicha debilidad se ubica

del lado del acreedor, esto es el trabajador, por lo cual se aplica el principio contrario de in dubio pro operario.⁴⁷

Respecto de los artículos 98 y 99 de la ley en comento, debemos decir que el legislador no hizo omisión alguna del principio de favorabilidad, dado que estos artículos fueron hallados ajustados a la constitución por la Corte Constitucional según argumentos expuestos por esta corporación en sentencia C-159 de 1997. Dichos argumentos giraron en torno a lo que realmente regulaban estos artículos, esto es, el nuevo régimen de liquidación de las cesantías, en los cuales la corte no hayo nada contrario a la constitución. La posible desfavorabilidad surge cuando la Corte Suprema asume que los mencionados artículos tuvieron una incidencia sobre un tema no regulado por ellos, esto es, la prescripción. Para saber si la Corte Suprema debió aplicar el principio in dubio pro operario, se debe establecer si se cumplía el presupuesto para su aplicación, esto es, si existía una duda en la interpretación de la ley, pues la Corte Constitucional ha dicho que el mencionado principio opera siempre y cuando se cumpla la hipótesis establecida en el, es decir, que exista duda en la interpretación⁴⁸.

⁴⁷ ETALA, Carlos Alberto. Interpretación y Aplicación de las Normas Laborales. Buenos Aires: Astrea, 2004 pg. 141,142.

⁴⁸ La sentencia T-800 de 1999 dice: "...Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez."

Aunque la Corte Suprema no mencionó nada respecto si estaba frente a una duda interpretativa sobre la prescripción de las cesantías, si es evidente que esta corporación debía escoger entre dos posibles interpretaciones: una, que no obstante el nuevo régimen de liquidación introducido por la Ley 50 del 90, la exigibilidad de la cesantía seguía siendo al final del contrato de trabajo y a partir de allí iniciaba su prescripción, o que la mencionada ley si modifico dicha exigibilidad y por consiguiente su prescripción. Como es sabido, este alto tribunal tomo partida por la segunda opción, estableciendo que la prescripción de las cesantías iniciaba el 15 de febrero de cada año y no al término del contrato de trabajo, ante lo cual surge el interrogante de si la opción escogida garantizaba el principio en comento, pues de las dos opciones, la corte debía escoger la que mejor favoreciera al trabajador. Es obvio que la corte debía interpretar los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990 para establecer si se modificaba o no el régimen prescriptivo de las cesantías, pero si de esta operación surgían dos o mas interpretaciones, esta corporación estaba obligada a escoger la mas favorable al trabajador, pues la autonomía del juez en este caso es limitada, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional:

“... Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie

*en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.*⁴⁹

En otra oportunidad, esta misma corporación dijo lo siguiente:

*“...Ante la claridad de la doctrina constitucional de la Sala Plena de la Corte en materia de favorabilidad laboral, la Sala de Revisión no tendría argumentos que agregar. En efecto, el punto parece no admitir mayores controversias: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia a la disposición pertinente del artículo 53 de la Constitución.”*⁵⁰

La Sala Laboral de la Corte Suprema debía decidir, con base en los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, si la prescripción de las cesantías seguía contándose al final del contrato laboral o si empezaba a contarse en vigencia de este, dos

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-001 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-545 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

opciones interpretativas que debió examinar a la luz del principio pro operario para determinar cual de las dos lo garantizaba mejor. En la sentencia del año 97 donde se planteo esta controversia, se constata que la corte guardo silencio sobre la aplicación del mencionado principio, de lo cual se deduce que omitió aplicarlo. No obstante su inaplicación, la corte debió advertir que de acoger una u otra interpretación se seguiría una decisión favorable o desfavorable para los trabajadores.

En efecto, era menos favorable para el trabajador establecer que la prescripción de las cesantías iniciaba el 15 de febrero de cada año, pues la consecuencia directa de esta interpretación es que algunas cuotas partes prescriben mientras esta vigente el contrato impidiéndole al trabajador acceder a la totalidad de sus cesantías al termino de este, todo porque el trabajador por lo general reclama judicialmente el reconocimientos de sus derechos al final del vinculo laboral y no en vigencia de este, por la inhibición a que se ve sometido por su condición de subordinado; por lo cual es mas favorable que el computo del termino prescriptivo inicie al termino del contrato laboral.

Advertida la posible afectación al principio pro operario que traía consigo la tesis según la cual la prescripción de las cesantías iniciaba cada año para la respectiva anualidad, la Corte Suprema debió desecharla y en su lugar acoger la otra opción,

es decir interpretar que la prescripción seguía contándose al final del contrato por ser mas favorable al trabajador, sin embargo dicha corporación hizo lo contrario adoptando un interpretación que duro por mas de diez años y que en la practica fue lesiva para los intereses de muchos trabajadores.

En el año 2010 esta misma corporación emite una sentencia donde el magistrado ponente Dr. Luis Javier Osorio rectifica este criterio argumentando que la Ley 50 de 1990 lo que regulo fue la forma de liquidación de las cesantías -de lo cual se deduce que no hubo un duda sino un error interpretativo-, y por lo tanto no modifico la orientación tradicional en cuanto a que solo a la finalización del vínculo contractual laboral es que se hace exigible dicha prestación e inicia el termino prescriptivo. Por lo tanto, haya existido o no una duda en la interpretación de la ley, había argumentos jurídicos que conducían a un mismo camino: la exigibilidad de la cesantía e inicio del término prescriptivo al final del contrato laboral.

4.2 EL PRINCIPIO DE LA CONDICION MÁS BENEFICIOSA Y NO MENOSCABO DE LOS DERECHOS LABORALES

La Corte Constitucional ha manifestado que este principio no tiene un lugar propio en el derecho laboral, sino que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, pues al aplicarse este se esta garantizando a su vez la condición mas beneficiosa al trabajador. Esto indica entonces que la condición más beneficiosa protege situaciones del trabajador frente a la aplicación e interpretación de las normas laborales vigentes al momento y no respecto de la modificación de legislaciones posteriores. ¿Como se protege entonces al trabajador frente a las posibles desmejoras en sus condiciones que puede generar la expedición de nuevas leyes? Se plantea esta pregunta partiendo del supuesto de que la Ley 50 de 1990 desmejoró la situación de los trabajadores al modificar el régimen prescriptivo de las cesantías, si es que de hecho así sucedió.

El inciso final del artículo 53 de la C.P. dice que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” lo que parece indicar una inmodificación de los derechos y normas laborales. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha distinguido entre los derechos adquiridos y las meras expectativas, para decir que el legislador puede modificar los derechos laborales mediante nuevas leyes, lo que no puede es desmejorar las situaciones ya

consolidadas al momento de su expedición, de manera que las nuevas leyes no se aplicaran a los derechos adquiridos en caso de que su aplicación los menoscabe; no así las meras expectativas, que por tratarse de situaciones hipotéticas y no consumadas pueden no solo modificarse, sino incluso disminuirse. La corte lo ha manifestado en los siguientes términos:

“...Como ya se manifestó, la Corte ha establecido que el principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores se refiere a los derechos adquiridos, y no a las expectativas legítimas. Estas últimas pueden, en principio, ser afectadas por las nuevas normas laborales, sin que ello constituya una vulneración del principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores.”⁵¹

Por consiguiente, el régimen prescriptivo de las cesantías puede ser modificado por el legislador, dado que las normas laborales no son estáticas e inmodificables. Sin embargo, el legislador no goza de amplias facultades para modificar el régimen laboral, pues todo tránsito legislativo debe respetar los fines proteccionistas de las normas laborales. Por lo tanto la corte ha fijado unos límites a la potestad del legislador sobre normas laborales, límites que han sido definidos de la siguiente forma⁵²:

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

⁵² Sentencia Ibíd.

El principio de prohibición de arbitrariedad: significa que el legislador no puede modificar los derechos laborales de forma arbitraria, sino que debe atender a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de la confianza legítima, según el cual “el legislador, en respeto por el principio de buena fe, debe atender a la confianza legítima que la legislación en ciertos casos ha generado en los ciudadanos, respecto del régimen jurídico que será aplicado a determinada actividad. No se trata, por supuesto, de que esta confianza legítima impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación.”

Los principios constitucionales del trabajo reconocidos también en los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

El principio de progresividad y prohibición *prima facie* de los retrocesos en materia de derechos económicos y sociales, que impide al legislador crear retrocesos frente a un determinado nivel de protección alcanzado por leyes anteriores,

excepto cuando dicho retroceso se encuentre justificado y demostrado por imperiosas razones, todo porque el estado tiene la obligación de lograr progresivamente la realización y protección de los derechos laborales.

De lo anterior podemos concluir que en principio el régimen prescriptivo de las cesantías, o de cualquier otra prestación laboral, no puede ser modificado de tal forma que menoscabe los derechos de los trabajadores, si antes no existe una razón que justifique dicha desmejora, aspecto que la corte constitucional deberá verificar mediante un control mas estricto por tratarse de normas o derechos laborales.

En lo que respecta a la Ley 50 de 1990, se debe reiterar que esta no cambio el régimen prescriptivo de las cesantías, ni mucho menos lo desmejoro, pues lo que regulo esta ley fue su forma de liquidación y no su prescripción. Sin embargo, lo desarrollado anteriormente sirve como criterio orientador para el legislador si en un futuro intentara modificar el régimen prescriptivo del auxilio de cesantía. Si el legislador, por ejemplo, llegase a expedir una ley que dijese que el término prescriptivo de las cesantías inicia en vigencia del contrato, dicha ley podría ser inconstitucional por implicar un retroceso injustificado a la protección del derecho a la cesantía, dado que es mas garantista y proteccionista el régimen actual según el cual el termino prescriptivo inicia al cese del vinculo laboral.

4.3 PRINCIPIO DE PAGO DE LO DEBIDO

Dada la naturaleza obligatoria que caracteriza a las cesantías, por ser una obligación que nace de un vínculo contractual, es menester y consecuente con un orden justo que se garantice el pago oportuno de dicha prestación, teniendo en cuenta sobre todo la finalidad de las cesantías en relación con las necesidades del trabajador. La Corte Constitucional ha manifestado que el carácter obligacional de las cesantías refuerza la necesidad de su cumplimiento, el cual se garantiza mediante el principio del pago de lo debido que no busca otra cosa que hacer posible el cumplimiento de las deudas contraídas entre dos sujetos. Dicha corporación lo ha definido en los siguientes términos:

“Se trata sin duda, de principios que continúan vigentes y que describen con exactitud la manera como deben desarrollarse las obligaciones, todas las obligaciones, tanto las sacrosantas del derecho civil a las que el ordenamiento jurídico presta tanta atención y se ha esmerado en perfeccionar, como las laborales que gozan de sus mismas características vinculantes y son contraprestación del esfuerzo productivo del hombre.”⁵³

Lo que se trata entonces es de evitar tanto el no pago, como el pago retardado de las obligaciones, en especial las de carácter laboral por la relación que tienen con la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador y su núcleo familiar.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-661 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sin embargo, esto no significa el desconocimiento de situaciones que en ocasiones imposibilitan el cumplimiento oportuno de obligaciones, como la insolvencia o falta de recursos del deudor, ante lo cual se debe optar por alternativas que permitan al final el pago de la obligación en condiciones más asequibles para el deudor.

Otra excepción a este principio sería la prescripción extintiva, pues aunque en principio la forma de extinguir una obligación es mediante su pago, el ordenamiento permite que esta se extinga también por el no reclamo por su acreedor en un lapso determinado. Aunque parezca injusto que el deudor se libere del pago por el solo transcurso del tiempo, se ha considerado más saludable para la seguridad jurídica que las obligaciones no se prolonguen indefinidamente, por lo cual el interés particular debe ceder ante el interés general por la paz y la seguridad en las relaciones.

La aplicación del principio de pago de lo debido se reduce entonces a las conveniencias de tiempo y de lugar que hacen oportuno el vínculo obligacional; si se traspasa esta esfera el vínculo caería en lo inoportuno y no sería protegido por el derecho. Dicho de otra forma, no se considera justo amparar el cumplimiento de una obligación que el acreedor ha reclamado inoportunamente, pues se presume

que si este ha dejado pasar mucho tiempo sin reclamarla es por falta de interés directo en esta.

En este orden de ideas, el principio de pago de lo debido busca la eficaz aplicación del derecho y la integridad del vínculo jurídico que surge entre las partes mediante la realización completa de los compromisos contraídos por el deudor. No obstante dicho principio no implica que los vínculos jurídicos se deban prolongar indefinidamente hasta que se verifique el pago, pues si el acreedor es negligente o retarda injustificadamente el ejercicio de su derecho, el ordenamiento lo castiga con el fenómeno de la prescripción. De manera que dicho principio opera siempre y cuando el acreedor no este el la causal que da lugar a la prescripción extintiva.

Por otro lado, considerar que el término prescriptivo de una obligación laboral se cuente a partir de circunstancias que realmente no la hacen inoportuna, implicaría la perdida y relativización del derecho que tiene todo trabajador al pago oportuno de sus prestaciones, menoscabándose así la obligatoriedad del pago de lo debido, pues la prescripción opera frente a los reclamos inoportunos y no frente al ejercicio oportuno de los derechos. Esto es lo que pasaría si se interpretara que el termino prescriptivo de las cesantías inicia en vigencia del contrato de trabajo y no al termino de este, pues esto llevaría a la perdida de los derechos laborales, pues en

vigencia del contrato el trabajador no demanda judicialmente sus derechos para evitar conflictos con su empleador y así conservar el empleo. La inhibición a que se ve sometido el trabajador por estar subordinado al empleador impide que se considere inoportuno la inacción de sus derechos en vigencia del contrato, pues si no reclama sus derechos no es por negligencia sino por temor.

Estos criterios permiten reconsiderar el régimen prescriptivo de las prestaciones laborales, adecuando la institución de la prescripción a las verdaderas características de la oportunidad e inoportunidad en el ejercicio de los derechos laborales, y no disminuir así principios importantísimos como el pago de lo debido, teniendo en cuenta que no estamos frente a deudas puramente dinerarias según el principio nominalista de la teoría de las obligaciones, sino frente a deudas de valor pues le permiten al trabajador una mejor calidad de vida, por lo cual el cumplimiento de estas obligaciones debe ser orientado por el principio valorativo⁵⁴.

⁵⁴ La corte constitucional ha manifestado que: *“En una sociedad que tiene una economía inflacionaria como lo reconoce la misma Constitución en los artículos 373 y 53, el salario no puede ser una deuda de dinero. En realidad se trata de una deuda de valor. Es decir, la explicación del salario no se encuentra tanto en el principio nominalista como en el principio valorativo. Esto porque las personas trabajan fundamentalmente para tener unos ingresos que les permita vivir en condiciones humanas y dignas.”* (sentencia C-102 de 1995).

“La idea o principio que anima la garantía de percibir los salarios y las demás acreencias laborales, se asienta en una valoración cualitativa, antes que en una consideración meramente cuantitativa.” (sentencia SU 995 de 1999).

5. LA EXIGIBILIDAD DE LAS CESANTIAS DE ACUERDO AL REGIMEN CIVIL

Por remisión expresa del artículo 488 del C.S.T. el término de prescripción de las cesantías se cuenta a partir del momento en que esta se haga exigible, remitiéndonos a la teoría de la exigibilidad de las obligaciones propia del régimen civil. Analizaremos entonces los regímenes prescriptivos aplicados por la Corte Suprema a la luz de los principios civiles sobre prescripción, para determinar cual se ajusta mejor a estos, determinando en primer lugar si la cesantía es una prestación unitaria o no.

5.1 LAS CESANTIAS: PRESTACION UNITARIA O PAGOS PARCIALES INDEPENDIENTES.

En nuestro intento de averiguar sobre el momento en que se hace exigible la cesantía para efectos de su prescripción, resulta pertinente establecer en primer lugar, si la cesantía es una prestación periódica donde cada cuota es autónoma e independiente de las demás, o si se trata de una prestación unitaria. Ya se había

dicho que la mayoría de las obligaciones laborales son de naturaleza periódica, es decir, se cumplen en periodos escalonados de tiempo y se van exigiendo y cancelando a medida que se van causando, por lo tanto la prescripción será independiente para cada cuota, y comenzara en el momento en que cada una se haga exigible.

Aunque el concepto por el cual se cauce y se cancele una obligación laboral sea el mismo, esto por sí mismo no indica que haya unidad entre cada una de las cuotas o pagos que se hagan, es decir, no se consideran como partes de un todo. Pero ¿que hace que una prestación laboral sea unitario o no? Aunque no es fácil responder esta pregunta, se puede hacerlo analizando otras remuneraciones laborales. Citemos como ejemplo el salario: si se pacta un pago mensual, el empleador se obliga a pagar directamente al trabajador el valor acordado por dicho concepto, al término de cada mes, de manera que el salario no se acumula, sino que se cancela directamente en la forma en que se cause, factor que impide mirar el salario como una unidad, pues cada cuota o pago será independiente aunque respondan a un mismo concepto. De esta forma, todo indica que el factor que determina si una prestación laboral es unitaria o no es si el trabajador debe recibir directamente o no el valor de dicha prestación en el momento en que se causa.

No cabe duda que la cesantía tiene en cierta medida un carácter periódico, pues cada vez que el trabajador cumple un año de servicio tiene derecho a un mes de

salario por dicho concepto, de manera que se cumple por anualidad. Sin embargo, dicha prestación no se cancela en la misma forma en que se va causando, sino que se va acumulando y se cancela de forma total al final del contrato de trabajo.

Esta forma de cancelación no ha variado ni antes ni después de la Ley 50 de 1990, la diferencia radica en que antes de dicha ley, el empleador era el directo responsable de administrarlas y cancelarlas al trabajador, mientras que con la expedición de esta, el empleador las envía a un fondo de cesantías quien las administra y cancela al trabajador, de manera que lo que ha cambiado es su forma de administración: antes estaba en cabeza del empleador, y ahora se encuentra a cargo de los fondos de cesantías, sin modificar el momento de su cancelación que es al final del contrato laboral, salvo las excepciones de ley que ya conocemos.

Esta condición de ahorro forzoso que caracteriza a las cesantías –ratificado por el régimen de liquidación y consignación anual establecido por la Ley 50 de 1990-, aunado al hecho de que el trabajador no dispone libremente de estas, sino al final del contrato, ha llevado a la jurisprudencia a considerarla como una prestación unitaria y no una prestación periódica como el salario u otras. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio 11 de 2000, dijo lo siguiente: *“...El hecho de que la ley 50 haya autorizado su cancelación anual definitiva durante la vigencia del contrato, no desnaturaliza su unidad, pues se*

*trata de pagos parciales de una misma prestación.*⁵⁵ Ante esto surge una pregunta ¿acaso el salario no consiste también en pagos parciales de un mismo concepto?, se podría decir que sí, pero la diferencia es que el salario se cancela directamente cada vez que se causa, mientras que la cesantía no, aunque se liquide anualmente, esta se ahorra y se cancela directamente al trabajador al final del vínculo laboral. Por lo tanto es este factor –pues no encontramos otra razón- el que permite considerar la cesantía como una prestación unitaria.

5.2 LA EXIGIBILIDAD DE LAS CESANTIAS COMO PRESUPUESTO PARA SU PRESCRIPCION

Lo establecido en el punto anterior es muy importante, pues si el auxilio de cesantía es una prestación unitaria, -aunque la ley haya autorizado su ahorro mediante consignaciones anuales por parte del empleador-, mal puede hablarse de prescripción de cada cuota o pago a consignar, pues ninguna de ellas es independiente de las demás, sino que son partes de un todo dado que se acumulan o se ahorran; por otro lado, su cancelación total al final del contrato de trabajo, y no en vigencia de este, hace que su exigibilidad no opere de forma periódica, pues aunque se trate de un mes de salario por cada año de servicio, al trabajador no se le cancelan anualmente. De manera que, si la cesantía se

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 13467 de julio 11 de 2000, M.P. Carlos Isaac Nader

cancela al final del contrato de trabajo, se puede concluir que es en ese momento en que se hace exigible y por lo tanto inicia el término de prescripción. Sin embargo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no siempre lo interpreto de esta forma.

Recordemos que la regulación que trae el Código Sustantivo del Trabajo sobre esta prestación, más exactamente el artículo 249, establece que el valor por dicho concepto se debe cancelar al terminar el contrato de trabajo, por lo tanto no cabe duda que es en ese momento que se hace exigible la cesantía e inicia su término prescriptivo, así lo interpreto la corte suprema desde sus inicios. Sin embargo esta tesis fue modificada con la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 que introdujo el sistema de liquidación anual. En sentencia de casación del año 97, la sala laboral de la corte suprema dijo lo siguiente:

“...Planteada la situación así, se tiene que antes de la vigencia de la Ley 50 de 1990 es indiscutible que, al tenor del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, la obligación de pagar el auxilio de cesantía se hacía exigible “al terminar el contrato de trabajo”. Empero, esto que era la regla general, en sentir de la Corte, fue modificado al entrar en vigencia la mencionada Ley, pues ella estableció, paralelamente al que venía rigiendo hasta entonces, lo que denominó “El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía”,...”

“...Y se dio una modificación porque como el concepto de “obligación” es mirado desde la óptica del deudor, se deduce claramente de la regulación transcrita, que en ese nuevo

*régimen del auxilio de cesantía, la exigibilidad del mismo surge desde el 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se realiza su liquidación, la que a su vez es definitiva para esa anualidad; además, si el empleador incumple con esa obligación, incurre en sanción moratoria.*⁵⁶

A partir de esta sentencia, y con base en la modificación hecha por la ley mencionada, la Corte Suprema sostuvo que el auxilio de cesantía no se hacía exigible al término del contrato laboral, como tradicionalmente lo venía interpretando, sino a partir del 15 de febrero de cada año, fecha límite que tiene el empleador para consignar dicha prestación a los respectivos fondos. Al respecto, en sentencia de 2008 dicha corporación hace la siguiente manifestación:

“...No hay duda que el régimen que gobierna el auxilio de cesantías del demandante, es el previsto en la Ley 50 de 1990, en sus artículos 98 y 99, esto es, el sistema de liquidación anual con destino a los fondos, en el cual, el empleador debe consignar antes del 15 de febrero de cada año, los valores que por ese concepto se causen al 31 de diciembre del año anterior.

De igual forma, es criterio reiterado de la Corte, que a partir de la primera fecha indicada, es donde empieza a computarse el término prescriptivo de los tres años que prevén los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por ser ese el momento en que se hace exigible la obligación del auxilio de la cesantía causada en el año inmediatamente anterior. Así se ha precisado en

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 8202 de febrero 19 de 1997, M.P. Fernando Vásquez Botero.

las sentencias del 30 de noviembre y 13 de septiembre de 2006, radicaciones 28316 y 26327, respectivamente, donde se reiteró la del 12 de octubre de 2004, radicación 23794.⁵⁷

Estos argumentos indican que el criterio utilizado por la Corte Suprema para establecer la exigibilidad de la cesantía, es identificar el momento en que se verifica su cancelación, cancelación que se hacía al final del contrato por remisión expresa del artículo 249 del C.S.T., pero con la entrada en vigencia de la ley 50 del 90, esta corporación interpreto la fecha límite en que el empleador debe consignar las cesantías como el momento de su cancelación; de manera que la cesantía ya no se cancela al final del vínculo laboral, sino que se cancela anualmente. En la sentencia del año 97, la mencionada corporación apoya esta tesis argumentando que el concepto de obligación (que se aplica a las cesantías por su carácter obligacional) “es mirado desde la óptica del deudor”, con lo cual nos quiere indicar que el punto de partida de la exigibilidad de una obligación se haya en el momento en que el deudor debe cumplirla. Sin embargo, no en todos los casos las obligaciones se miran desde el punto de vista del deudor, pues en materia de exigibilidad, por ejemplo, la óptica se desplaza es hacia el acreedor por ser este quien puede accionar o exigir el cumplimiento de una obligación conforme al principio mayoritariamente adoptado *Actio non nata non proescribitur* (acción

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 33187 de septiembre 23 de 2008, M.P. Camilo Tarquino Gallego

que no nace no prescribe), que es el principio que fundamenta la exigibilidad de las obligaciones. De manera que esta argumentación no es del todo acertada.

Por otro lado, utilizar la fecha de pago o cancelación, como el momento a partir del cual una obligación se hace exigible no es equivocado, pues así se interpreta en la teoría de las obligaciones por ser este el momento en que el acreedor puede exigir el pago a su deudor. Sin embargo, ¿puede considerarse la fecha límite de consignación de las cesantías por parte del empleador, esto es, el 14 de febrero de cada año, como fecha de su cancelación? Todo parece indicar que sí, sin embargo, para que en dicha fecha se considere cancelada esta prestación, y por consiguiente quede extinguida la obligación correspondiente al periodo liquidado, es necesario que el acreedor, en este caso el trabajador, pueda disponer libremente de lo cancelado por el empleador por concepto de cesantías, algo que no sucede pues, como ya lo hemos anotado, es regla general que el trabajador solo puede disponer de ellas al terminar el contrato de trabajo, y solo podrá hacerlo antes en los casos excepcionalmente establecidos por la ley. Este aspecto no ha variado ni antes ni después de la Ley 50 de 1990, pues aunque el empleador debe consignar cada 14 de febrero, en un fondo escogido por el trabajador, lo liquidado el año anterior por concepto de cesantías, el trabajador no puede retirarlas en vigencia del contrato, por lo tanto la obligación no se extingue ni mucho menos el empleador queda librado de esta por el hecho del consignarlas anualmente, sino que el vínculo obligacional se mantiene mientras esté vigente el

contrato. Prueba de esto es que si al termino del contrato existieren saldos adeudados por concepto de cesantías que no fueron consignados, el empleador deberá pagarlos directamente al trabajador⁵⁸, demostrándose con esto que la obligación siempre estará en cabeza del empleador y no de los fondos de cesantías (que solo los administra), y dicha obligación se mantendrá todo el tiempo que dure el contrato. De manera que la obligación del empleador mientras esté vigente el contrato, no es de cancelar las cesantías sino de consignarlas, pues el pago solo se verifica al término del contrato, el cual incluye las que se hayan consignado debidamente, como las que no se hayan consignado, así lo dejo establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2010:

“...tampoco debe olvidarse que dicha sanción solo va hasta la finalización del contrato de trabajo, por virtud de que en este momento la obligación de consignar se convierte en otra, cual es la de pagar directamente al trabajador los saldos adeudados por auxilio de cesantía, incluyendo los no consignados en el fondo, como reza el artículo 99 numeral 4° anotado, sin perjuicio de que la sanción por mora que de ahí en adelante se pueda imponer sea la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.”⁵⁹

⁵⁸ Ver artículo 99 numeral 4 de la Ley 50 de 1990.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 34393 de agosto 24 de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López

De manera que los fondos solo se obligan a la administración de las cesantías, pero su pago siempre estará en cabeza del empleador. Al respecto, la misma sentencia dice lo siguiente:

“...Además, frente a la liquidación de la cesantía, con corte al 31 de diciembre de cada año, la cual debe consignarse a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, lo que surge es una relación contractual entre el empleador y el fondo, en el que aquél se obliga a consignar al fondo de cesantía administrado por la respectiva sociedad y ésta se compromete a administrar esos recursos en los términos del artículo 101 de la Ley 50 de 1990, en cuya relación, convenio y trámite respectivo, para nada interviene el trabajador y menos le surge obligación alguna que tenga que cumplir en este aspecto.”

Por consiguiente, la fecha en que el empleador máximo debe consignar las cesantías, esto es el 14 de febrero, no se considera como fecha de pago o cancelación, por lo tanto no es ese el momento en que se hace exigible dicha prestación. Así lo manifestó la Sala Laboral de la Corte Suprema en la sentencia mencionada anteriormente, donde el magistrado Luis Javier Osorio, y con el apoyo pleno de la sala, regresa al criterio según el cual la cesantía solo se hace exigible al término del contrato laboral por ser ese el momento en que el trabajador puede retirarlas y disponer libremente de ellas, de manera que es en ese momento que inicia el término prescriptivo de los 3 años. Con este fallo, la corte recoge la tesis

que por más de 10 años sostuvo esta misma sala según la cual la cesantía se exigía el 15 de febrero de cada año. La mencionada sentencia dice al respecto:

*“... En este punto conviene aclarar, como ya se advirtió, que el auxilio de cesantía que no fue consignado en la oportunidad prevista en la ley, esto es, antes del 15 de febrero del siguiente año, **no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción en vigencia de la relación laboral**, así la ley disponga que su liquidación sea anual, habida consideración que para efectos de su prescripción debe contabilizarse el término desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social, en los términos del artículo 249 del C. S. del T..*

*En efecto, el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe **cuando se termina el contrato de trabajo** que lo liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce una de las tantas tutelas jurídicas a favor del subordinado, que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe como parte del fruto de su trabajo, acorde con las preceptivas de los artículos 249, 254, 255 y 256 del C. S. del T., 102 ordinales 2 - 3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006.*

En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla bien directamente a quien fue su servidor o a través de los fondos administradores según la teleología de la ley.”(Negrillas original)

Queda claro entonces que, no obstante el régimen de liquidación y consignación anual introducido por la Ley 50, el momento en que se hace exigible las cesantías sigue siendo al término del contrato laboral, y es a partir de ahí que inicia el término prescriptivo. Sin embargo, conviene analizar otro aspecto no considerado por la corte respecto de la exigibilidad de las cesantías. Dicho aspecto tiene que ver con la subordinación del trabajador como fenómeno impeditivo o que puede obstaculizar el ejercicio de sus derechos laborales.

Si bien el concepto de oportunidad es fundamental dentro de la institución de la prescripción dado que determina la viabilidad del ejercicio del derecho y de la eficacia de la acción, se debe tener en cuenta que dicha viabilidad y eficacia no está determinada solamente por las conveniencias de tiempo y de lugar, sino por la presencia de circunstancias que pueden afectar el ejercicio de los derechos. De manera que la oportunidad para ejercer una acción no está determinada solo por el tiempo y por el espacio, ya que pueden presentarse circunstancias jurídicas o de hecho que le impidan al acreedor ejercitar sus derechos, ante lo cual, lo más razonable es que se posponga el inicio del termino prescriptivo hasta tanto se supere dicha situación. Un ejemplo de esto puede ser la hipótesis mencionada por

el profesor Fernando Hinestroza⁶⁰ consistente en la imposibilidad de instaurar la acción por estar pendiente la decisión de otro proceso indispensable para ello. Menciona también las situaciones de dependencia o cohibición como fenómenos impeditivos que exigen la necesidad de retardar el inicio del cómputo del término de prescripción.

La tendencia a retardar el inicio del termino prescriptivo cuando se constata la presencia de estas circunstancias no es un fenómeno nuevo. Ya de antiguo se estableció, por ejemplo, que el término prescriptivo de la acción del pupilo contra su tutor no se computaba en vigencia de la tutela o curatela, sino a partir del día en que el pupilo haya salido del pupilaje como lo establece el artículo 514 de nuestro código civil, pues se considera la situación de dependencia del pupilo como un obstáculo para el ejercicio de sus derechos.

Una situación similar se presenta en el contrato de trabajo donde las partes no se hayan en un plano de igualdad siendo el trabajador la parte débil de dicha relación, no solo porque es el patrono el que detenta el capital, sino también por la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador en dicha relación.

⁶⁰ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p, 827.

Esta condición de dependencia, acompañado por la situación actual del mercado laboral marcado por un alto índice de desempleo y el temor permanente de quedarse sin empleo en cualquier momento, ponen al trabajador en una situación de cohibición donde carece de libertad total para reclamar sus derechos mientras se encuentre subordinado a su empleador. Es evidente que mientras esté vigente el contrato de trabajo, y con el fin de evitar el despido, el trabajador buscara evitar cualquier clase de litigio con su empleador, de manera que si no ejercita judicialmente sus derechos no será por simple negligencia espontanea, sino para evitar un enfrentamiento con el empleador y así conservar su empleo. Esta situación de desventaja en que se haya el trabajador, nos permite concluir que no se puede hablar de prescripción de las cesantías mientras esté vigente el vínculo laboral, pues la inhibición en que este se haya para el ejercicio de sus derechos solo se revierte al cese de dicho vinculo.

El concepto de oportunidad, como elemento estructurante de la prescripción, debe entonces adecuarse a las circunstancias especiales del vinculo laboral, donde al factor tiempo debe añadirse la limitada libertad del trabajador como factor que también determina el momento favorable, adecuado y oportuno para la ejecución de sus derechos, pues a falta de esta libertad, no puede contarse el termino prescriptivo, o posponerse hasta tanto se restablezca de forma real y efectiva,

situación que solo se presenta al termino de la relación laboral donde el trabajador vuelve a quedar en condiciones de igualdad con su empleador.

Este aspecto no solo debe considerarse en relación con las cesantías, sino también con la prescripción de las demás prestaciones laborales, pues si bien “lo justo jamás puede ser inoportuno” como dice la Corte Constitucional, no se puede considerar como inoportuno la inercia en el ejercicio judicial de algunos derechos laborales por parte del trabajador, cuando dicha inercia no es motivada por simple negligencia, sino por la situación de dependencia y subordinación que opera como fenómeno que obstaculiza el ejercicio de sus derechos.

6. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Alrededor del auxilio de cesantías se ha elaborado un importante sustento normativo y jurisprudencial que hace que esta prestación adquiera cada vez mas relevancia en el derecho laboral y sea sujeta de mayor protección constitucional, por lo cual se hace importante describir el desarrollo de esta figura a partir de las normas que la regulan y los aportes jurisprudenciales de las altas cortes.

6.1 EVOLUCION NORMATIVA DEL AUXILIO DE CESANTIA

LEY 10 DE 1934: es el primer antecedente normativo sobre las cesantías, pues en el artículo 14 numeral C dispuso su creación a favor de los trabajadores particulares que fueren despedidos por causas distintas a mala conducta o incumplimiento del contrato.

LEY 6ta DE 1945: dispuso este beneficio en los mismos términos que la ley anterior con la diferencia de que el trabajador adquiriría el derecho a la cesantía

después de tres años de servicio. Mantuvo el carácter indemnizatorio y lo extendió a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

DECRETO 2767 DE 1945: se extiende el beneficio de las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

LEY 65 DE 1946: modifica la ley 6 de 1945 al disponer que las cesantías se reconocerán cualquiera que fuese la causa del retiro, quitándole así su carácter indemnizatorio para convertirla en una prestación social. Se extiende el beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

DECRETO 1160 DE 1947: reitera el beneficio de las cesantías a los empleados y trabajadores al servicio de la nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa.

DECRETO 2663 DE 1950 Y LEY 141 DE 1961: mediante este decreto se expide el código sustantivo del trabajo que luego fue adoptado por la ley 141 de 1961 que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las “Prestaciones Patronales Comunes”.

DECRETO 2351 DE 1965: el artículo 17 de este decreto modifico el artículo 253 del C.S.T. disponiendo el salario base de liquidación de las cesantías para el caso de los salarios variables. También modifico el artículo 256 sobre anticipos parciales de las cesantías para financiación de vivienda.

LEY 52 DE 1975: dispuso el reconocimiento y pago de interés sobre las cesantías a favor de los trabajadores particulares.

LEY 50 DE 1990: esta ley creo el régimen especial que consiste en la liquidación definitiva anual de la cesantía a 31 de diciembre de cada año, con manejo e inversión a través de los Fondos de Cesantías, creados con base en esta ley. Este régimen se aplica obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir del 1o. de enero de 1991, y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema. Sin embargo se mantiene vigente el régimen tradicional establecido en los artículos 249 y S.S. del C.S.T. para los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley⁶¹.

DECRETO 1582 DE 1998 (reglamentario de la ley 342 de 1996): este decreto hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías de la ley 50 de 1990 para los

⁶¹ Ver punto 1.3.2 del presente trabajo pg. 15.

empleados públicos de nivel territorial vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996 y que estuvieren afiliados a un fondo de cesantías.

LEY 1328 DE 2009 Y DECRETO 4600 DE 2009: esta ley dispuso para las administradoras de fondos de cesantías, la obligación de ofrecer dos portafolios de inversión, los cuales fueron regulados por el decreto 4600 y son: portafolio de corto plazo y portafolio de largo plazo⁶².

LEY 1429 DE 2010: esta ley suprimió la aprobación del inspector de trabajo dentro del trámite para el pago de anticipos parciales de cesantías⁶³.

⁶² Para mas detalles ver punto 1.3.3 del presente trabajo pg. 17.

⁶³ Ver punto 1.3.4 pg. 18.

6.2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE AUXILIO DE CESANTIAS

El aporte jurisprudencial respecto del auxilio de cesantía ha sido muy importante, sobre todo si se tiene en cuenta que ha sido precisamente la jurisprudencia la encargada de determinar no solo el concepto de esta figura, sino también su naturaleza y alcance dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Sobre el concepto y la naturaleza jurídica de las cesantías se destacan las sentencias T-661 de 1997, con ponencia del doctor Carlos Gaviria Díaz, la sentencia T-314 de 1998 con ponencia del mismo magistrado, la C-823 de 2006, la sentencia T-777 del 2008 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, y la sentencia de la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, radicado 13467 de 2000, con ponencia del doctor Carlos Isaac Nader. En estas se definen las cesantías como obligación o prerrogativa laboral a favor del trabajador, y que tienen como finalidad menguar las cargas económicas del trabajador frente a la perdida del empleo. En estas sentencias se señalan la especial conexión que existe entre esta figura y algunas garantías constitucionales como el derecho al trabajo y a una vida digna, adquiriendo así una clara orientación social. Sobre su entidad jurídica, la Corte Constitucional ha sido unánime en sostener que se trata

de una prestación social, sin desconocer a su vez su naturaleza obligacional, aunque en sus inicios haya funcionado como una indemnización frente al despido.

La sentencia T-496 de 1993 es de particular importancia al establecer que no solo tiene carácter de derecho constitucional fundamental el derecho al trabajo, sino también los derechos económicos que se originan en la relación laboral como el auxilio de cesantía, y por lo tanto son objeto de tutela constitucional. Por otro lado la corte le da la calidad de derecho adquirido a las cesantías, en particular el derecho económico a utilizar la cesantía parcial, como un derecho que no puede ser desconocido por el empleador, pues constituye el ahorro por el tiempo de servicio laborado, que se incrementa con el transcurso del tiempo. Esto significa que si un trabajador ha cumplido con los presupuestos legales para hacerse acreedor al auxilio de cesantía, es decir, ha trabajado por un lapso determinado y por lo tanto tiene derecho a las cesantías por el tiempo laborado, estas ha ingresado a su patrimonio y se constituyen en un derecho adquirido que no puede ser desconocido por el empleador ni por modificaciones de leyes posteriores.

Las sentencias T-260 de 1994 y C-448 de 1996 establecen que la protección constitucional a las prestaciones debe ser la misma que se le da al salario. Lo anterior en virtud de la interpretación que hace la Corte del Convenio 95 de la OIT relativo a la protección al salario ratificado por Colombia, en donde dicha

organización establece que al final del contrato se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, y según la Corte Constitucional el concepto de salario o remuneración que trae la OIT sobrepasa lo que en Colombia se entiende como salario, de manera que esta protección se hace extensiva a las demás formas de remuneración derivadas del vínculo laboral como las prestaciones, independientemente de la diferencia normativa que existe entre salario y prestación. Por lo tanto, la protección constitucional a la remuneración salarial incluye a las cesantías, por lo cual se le aplican principios como el de irrenunciabilidad y la obligación al reajuste según el principio del salario móvil. Esto significa que las cesantías, al igual que el salario, no pueden perder su poder adquisitivo, y en caso de retardo injustificado, debe ordenarse la indexación como medida adecuada para reparar los perjuicios ocasionados por la demora en el pago.

La sentencia C-823 de 2006 analizó la exclusión de los trabajadores ocasionales o transitorios del auxilio de cesantía que hasta ese momento contemplaba el estatuto laboral, para determinar que dicha exclusión era inconstitucional. En la mencionada sentencia la Corte establece que el auxilio de cesantías está incluida dentro del concepto de seguridad social por su naturaleza prestacional, y por lo tanto se le aplica los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que la orientan. La corte sostiene que la seguridad social es una de las garantías mínimas que de acuerdo a la constitución (Arts. 25 y 53) debe orientar el estatuto

laboral, y la exclusión de los trabajadores ocasionales a las cesantías vulneraba el principio de universalidad que orienta la seguridad social, pues no es posible constitucionalmente que unos trabajadores gocen de unas protecciones y otros no en razón de la clase de contrato, sino que estas protecciones deben cubrir a todos los trabajadores sin discriminación alguna, de eso se trata la universalidad.

Sobre el derecho fundamental al pago oportuno de las cesantías y la aplicación del principio de pago de lo debido están las sentencias de tutela T-661 de 1997 y T-314 de 1998. Aquí la Corte estudia los casos en que por déficit presupuestal algunas entidades estatales dejan de reconocer las cesantías a sus trabajadores. La alta corporación resalta en primer lugar que prestaciones sociales como las cesantías deben ser canceladas oportunamente y en la cantidad debida y la insolvencia o falta de recursos del estado no es justificación suficiente para el no pago o el pago retardado de sus obligaciones, de lo contrario se quebrantaría uno de los fundamentos sobre los que se estructuran las relaciones jurídicas como es el respeto, la defensa y el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Por lo tanto, en los casos en los que no se cuenta con medios suficientes para responder por los compromisos adquiridos, el ordenamiento jurídico establece mecanismos de solución que el Estado debe tomar, pero nunca podrá evadir o decidir unilateralmente el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, sin violar la Constitución y la ley.

También se destaca la sentencia T-084 de 2010 con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, donde se ofrecen alternativas para la contabilización del computo de prescripción de las cesantías y demás acreencias laborales surgidas del contrato realidad. En esta sentencia la Corte Constitucional considero no ajustada a la constitución las providencias de ciertos jueces laborales mediante las cuales declararon prescritas gran parte de las prestaciones reclamadas por el demandante aplicando la doctrina general de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia según la cual la prescripción de las obligaciones surgidas del contrato realidad debe contarse desde el momento mismo en que se causan las obligaciones, es decir, en vigencia del contrato simulado. Esta interpretación tiene como consecuencia que al momento en que se reconozcan los derechos laborales eludidos, algunos se encuentren prescritos. La Corte señala que si bien los jueces laborales tuvieron en cuenta los principios de primacía de la realidad y de acceso a la administración de justicia, al reconocer la realidad del contrato simulado y procesar la petición del demandante, sus providencias violaron la constitución al no satisfacer estos principios en el mayor grado de cumplimiento posible. Lo anterior por las siguientes razones:

En primer lugar, al declarar prescrita parte de los derechos laborales, desestimula la interposición futura de pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y

pago de prestaciones laborales emanadas de un contrato realidad, por un lado, y por el otro solo garantiza unos pocos de todos los derechos que la ley prometía garantizarle al trabajador.

Por otra parte, la forma de contabilizar la prescripción (en vigencia de la relación simulada) desprotegió el derecho del demandante a que se le concediera la primacía a la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral, pues dicho principio implica a su vez la obligación, por parte de los jueces laborales, de hacer todo lo posible para evitar que en el futuro se simulen las relaciones laborales con formas no laborales, cosa que no se logra con este tipo de interpretación porque a la larga será menos costoso para el empleador eludirlas que garantizarlas. Señala también la Corte que la interpretación dominante implícita en las providencias de los jueces laborales, supone una limitación del derecho a la seguridad jurídica, entendido como la certidumbre que debe tener cada miembro de la sociedad de que la ley va a ser cumplida por sus destinatarios pues, como se dijo, en el futuro no existirá un desestímulo verdadero para quien pretenda contratar servicios bajo subordinación eludiendo la ley laboral.

De manera que, contabilizar la prescripción de las obligaciones laborales emanadas de un contrato simulado, en vigencia de este, es una interpretación que conduce a una desprotección injustificada de los derechos al acceso a la administración de justicia y a la primacía de la realidad sobre las formas, teniendo

en cuenta que se les podría conferir un grado de cumplimiento mas optimo si se utilizan otras alternativas interpretativas perfectamente validas como contabilizar la prescripción a partir de la sentencia que reconozca los derechos –como lo hace el Concejo de Estado-, o contabilizarse desde el momento en el cual finaliza la relación laboral.

Por otro lado están las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que han desarrollado con mayor énfasis el tema de la exigibilidad y prescripción del auxilio de cesantías. La doctrina de esta corporación se divide en dos tesis⁶⁴:

La primera que va desde 1997 hasta mediados del 2010 en el cual la sala de casación laboral sostuvo que la ley 50 de 1990 modifico el régimen prescriptivo de las cesantías, razón por la cual estas no se hacían exigibles al final del contrato de trabajo sino a partir del 14 de febrero de cada año que es la fecha limite que tiene el empleador para consignarlas, y era a partir de ahí que iniciaba el termino prescriptivo. Esta tesis fue expuesta especialmente por las sentencias de 19 de febrero de 1997 radicado 8202 con ponencia del magistrado Fernando Vázquez Botero, la de 12 de octubre de 2004 radicado 23794 M.P. Eduardo López Villegas,

⁶⁴ Ver mas detalles en el punto 3.2 del presente trabajo pg. 46.

la del 13 de septiembre de 2006 radicado 26327 M.P. Gustavo Gnecco Mendoza y la de 23 de septiembre de 2008 radicado 33187 M.P. Camilo Tarquino Gallego.

La segunda tesis que es la vigente actualmente, es expuesta en la sentencia de 24 de agosto de 2010 radicado 34393 con ponencia del doctor Luis Javier Osorio López, en donde se recoge el criterio anterior, sosteniendo que la ley 50 de 1990 no hizo ninguna modificación al régimen prescriptivo de las cesantías, y por lo tanto la exigibilidad de la cesantía sigue siendo al final del contrato de trabajo.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha podido constatar la importancia que ha ido cobrando en el campo del derecho laboral una institución que si bien parece menos importante frente a otras acreencias laborales, la jurisprudencia la ha resaltado de forma especial por los fines sociales que involucra y su aporte en la dignificación del trabajador. La filosofía que involucra el auxilio de cesantía impide tanto al legislador como a los jueces, apreciarla de forma ligera, pues se trata de un verdadero derecho fundamental con contenido económico tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional mediante la interpretación sistemática de las normas y principios constitucionales que se le aplican.

Sin embargo, dicha prestación contiene los elementos estructurantes de toda obligación, haciendo que se le aplique el régimen prescriptivo de la teoría de las obligaciones con fundamento en la teoría de la exigibilidad, siempre y cuando no se menoscabe los principios y garantías constitucionales que la amparan.

Se trata entonces de buscar un equilibrio entre los principios de la teoría de las obligaciones y los principios constitucionales fundamentales de manera que no se

aminore la naturaleza obligacional de las acreencias laborales ni su naturaleza prestacional, labor no del todo pacífica y que representa un reto para los funcionarios judiciales, pues por un lado se debe garantizar el ingreso efectivo de las cesantías al patrimonio de los trabajadores cuando se ha adquirido dicho derecho, pero por el otro se debe garantizar la seguridad jurídica razón por la cual el derecho a las cesantías no puede quedar indefinido en el tiempo, sino que el acceso a estas está supeditado a que el trabajador las reclame en el tiempo establecido en la ley so pena de perderlas por prescripción. Por lo tanto, las garantías constitucionales en materia de cesantías no descansan sobre la indefinición temporal de la obligación, sino sobre el reclamo oportuno de esta.

La pregunta aquí no es entonces si la cesantía debe prescribir o no, pues como hemos podido ver la prescripción de las obligaciones laborales se encuentra ajustada a la constitución; sino determinar, desde el punto de vista constitucional y desde el punto de vista civil, en que momento el trabajador se encuentra en la posibilidad real de reclamarlas al empleador de tal manera que se considere oportuno dicho reclamo. Para determinar entonces si el régimen prescriptivo de las cesantías se ajusta a la constitución es importante establecer el momento razonable y proporcionado a partir del cual se comienzan a fijar los límites entre la oportunidad e inoportunidad en el reclamo del derecho.

La sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpreto por mucho tiempo que el término prescriptivo de las cesantías iniciaba en vigencia del contrato laboral para luego corregir esta posición y establecer que no es en vigencia del contrato que inicia el termino prescriptivo sino al final de este, concluyéndose que es esta tesis la que estructura el actual régimen prescriptivo de las cesantías.

Es por esto que los argumentos expuestos en el presente trabajo permiten concluir que el actual régimen prescriptivo de las cesantías según el cual el término prescriptivo comienza al término del contrato, se ajusta a las normas de la OIT, al orden constitucional y a los principios civiles sobre prescripción extintiva. Lo anterior por las siguientes razones:

Si bien las normas de la OIT que guardan relación con la institución del auxilio de cesantías no mencionan nada respecto a su prescripción, podemos concluir que cualquiera que sea el régimen prescriptivo que se le aplique este debe por lo menos garantizar que mientras el trabajador no retarde su reclamo por negligencia tendrá acceso a las cesantías como seguro de desempleo según los lineamientos de dicha organización, y la mejor forma de lograr esto es que el termino prescriptivo no inicie hasta tanto no termine el contrato de trabajo como de hecho lo ha reconocido la corte suprema en reciente sentencia.

En cuanto al orden constitucional pudimos ver como el anterior régimen prescriptivo según el cual la prescripción de las cesantías iniciaba el 15 de febrero de cada año menoscababa ciertos derechos o principios constitucionales como la interpretación mas favorable al trabajador, el no menoscabo de los derechos laborales y el principio de pago de lo debido; sin embargo, como esta posición ya fue rectificadada por la corte suprema al decir que la prescripción de las cesantías inicia es el termino del contrato de trabajo, esta ultima posición se ajusta mas al orden constitucional y no se menoscaba los principios antes mencionados.

Por ultimo, la actual tesis de la Corte Suprema también se ajusta mejor al régimen civil sobre prescripción extintiva, pues como también tuvimos la oportunidad de verlo, la anterior posición de dicha corporación no era consecuente con la teoría de la exigibilidad de las obligaciones pues la cesantía no se hace exigible el 15 de febrero de cada año como en su momento lo sostuvo, sino al final del contrato laboral que es la tesis actual.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, artur: Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile: El esfuerzo, 1979.

BETTI EMILIO: Teoría General de las Obligaciones, Revista de derecho privado, Madrid, 1969.

BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones, editorial Porrúa, México, 1985.

CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho laboral. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá. 2003.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.: Manual de Obligaciones, astrea, Buenos Aires, 1997.

DE BUEN LOZANO, Néstor, MORGADO VALENZUELA, Emilio, Instituciones de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

DEL AGUILA VELA, Robert: La prescripción Extintiva y su aplicación en el ámbito laboral, Revista Actualidad Jurídica, Tomo 111, Perú, 2003.

DICCIONARIO JURIDICO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994.

ESCOBAR V. Edgar Guillermo: Prescripción y Procesos de Pertenencia en Colombia, Editorial Jurídica de Colombia, Medellín, 1986.

ETALA, Carlos Alberto: Interpretación y Aplicación de las Normas Laborales, Astrea, Buenos Aires, 2004

GONZALEZ GOMEZ, Eudoro: De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano, Gamma, Bogotá, 1981.

GUILLERMO GONZALEZ, Charry: Derecho Laboral Colombiano, 8 ed., ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 1994.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo: El Derecho Laboral en la Constitución Nacional, Corporación Tecnológica Antonio de Arévalo – TECNAR, Cartagena de Indias, 2008.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo: Compendio de Derecho Laboral, Leyer, Bogotá, 1994.

HINESTROSA, Fernando: Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado, Bogotá 2004.

LEON MONCALEANO, William F.: Derecho Obligacional, Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2010.

LOPEZ CARDENAS, Jairo Alonzo: Derecho Laboral Individual, Medellin 2008.

JOAQUIN LLAMBIAS, Jorge: Manual de Derecho Civil Obligaciones, editorial Perrot, Buenos Aires 1997

OBANDO GARRIDO, José María: Derecho Laboral, ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo: Régimen General de las Obligaciones, editorial Temis, Bogotá, 2008.

PEREZ VIVES, Álvaro: Teoría General de las Obligaciones, editorial Temis, Bogotá, 1955.

SANCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo: Las Transformaciones del Derecho del Trabajo, universidad Autónoma de México, 2006.

VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho civil obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

VALLEJO MEJIA, Jesús: Manual de Obligaciones, Biblioteca Jurídica, Medellín, 1992.

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION LABORAL: Radicado 13467 de 11 de julio de 2000, sentencia de 11 de enero de 2000, Radicado 12133 de 18 de noviembre de 1999, Radicado 26148 de 21 de julio de 2006, Radicado 8202 de 19 de febrero de 1997, Radicado 33187 de 23 de

septiembre de 2008, Radicado 37196 de octubre 15 de 2009, radicado 34393 de agosto 24 de 2010.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: C 016 de 1998, C-019 de 2004, C-159 de 1997, C-177 de 2005, C-263 de 2002, C-448 de 1996, C-570 de 2003, C-662 de 2004, C-735 de 2007, C-891^a de 2006, C-1110 de 2001, C-745 de 1999, C-198 de 1999, C-412 de 1997, C-597 de 1998, C-823 de 2006, C-895 de 2009, C-072 de 1994, T-034 de 1998, T-314 de 1998, T-661 de 1997, T-102 de 1995, T-260 de 1994, T-496 de 1993, C-432 de 2004, C-916 de 2010.

SENTENCIA DEL CONCEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda Subsección "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCO, diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02190-01 (1000-07).

