



Sentencia 00332 de 2017 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 30 de marzo de 2017.

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho.-
Radicación:	08001233300020140033201.-
Interno:	3815-2015.-
Actor:	Juan Carlos Torres Trillos.-
Demandados:	Departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.-
Tema:	Sanción moratoria – Leyes 50 de 1990 y 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.-

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

El proceso de la referencia ha venido con informe de la Secretaría de la Sección Segunda¹ para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Juan Carlos Torres Trillos.

ANTECEDENTES

El señor Juan Carlos Torres Trillos en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – *Ley 1437 de 2011*, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 01115813 de 6 de noviembre de 2013, mediante el cual el Contralor General del Departamento del Atlántico le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria²; y a título de restablecimiento del derecho, el pago de un día de salario por cada día de retardo “(...) en el PAGO TOTAL del auxilio de cesantías (...)” correspondiente a las anualidades de 2008 a 2011, e igualmente, por el incumplimiento en relación con las definitivas por retiro del servicio³.

Fundamentos fácticos⁴ .-

El demandante describe dentro de su situación fáctica que laboró en la Contraloría General del Departamento del Atlántico desde el 6 de marzo

de 2008 hasta el 7 de febrero de 2012 en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 19, y al salario que devengaba no le había sido aplicado el incremento salarial legal, el cual fue reconocido por orden judicial.

Indicó que mediante el Decreto 000504 de 2010, expedido por el contralor departamental, se ordenó "(...) el pago del retroactivo y demás acreencias laborales a trabajadores y ex trabajadores comprendidos entre el año 2001 y 2010." y como quiera que se tomó una base salarial desajustada para la liquidación del auxilio de cesantías para los años 2008 a 2011, así como para las definitivas, solo se realizó un pago parcial de la prestación social y se generó la sanción por mora prevista en las Leyes 50 de 1990 y 244 de 1995; razón por la cual, formuló petición ante la autoridad pública competente, cuya negativa tuvo lugar a través del acto administrativo acusado.

Normas violadas y concepto de violación⁵ .-

Invocó como normas desconocidas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 209 de la Constitución Política; 17 de la Ley 6^o de 1945; 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990; 4^o de la Ley 4^a de 1992; 2^o de la Ley 244 de 1995; 13 de la Ley 344 de 1996; 33, numerales 1, 9 y 10 de la Ley 734 de 2002; 59 del Decreto 1042 de 1978; 1^o del Decreto 1582 de 1998; 1^o del Decreto 1919 de 2002; 10 y 37 de la Ley 1437 de 2011.

Acusó el acto administrativo de los siguientes cargos: i) falsa motivación al ser expedido bajo argumentos que no corresponden a la realidad, esto es, que las cesantías del actor fueron liquidadas y pagadas oportunamente, según la escalera salarial vigente en cada período; ii) con infracción de las normas en que debería fundarse, las cuales establecen el régimen prestacional de los servidores públicos; iii) expedición en forma irregular, al no atender el ordenamiento jurídico; y iv) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, en tanto si bien la entidad pública demandada es competente para resolver las peticiones laborales, no actuó conforme a la ley.

Contestación de la demanda.-

- Contraloría General del Atlántico 6

Contestó la demanda y se opuso a los cargos formulados contra el acto acusado, bajo el argumento de que la sanción moratoria tiene su origen en una situación expresamente señalada en el ordenamiento jurídico, por lo que no surge del desajuste de la base salarial a partir de la cual se liquida la prestación, sino que se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor correspondiente al empleado.

Efectuó una relación de las consignaciones y pagos realizados al actor, alegando que se realizaron dentro de la oportunidad legal sin que el demandante interpusiera recurso alguno contra los actos de reconocimiento y liquidación de la prestación social, por lo que no existió pago parcial y en consecuencia, no se configuraron los presupuestos que dan lugar a la sanción moratoria reclamada; y en la medida en que las causales de nulidad invocadas por el actor carecen de sustento jurídico y probatorio, el acto acusado se presume legal.

Propuso como excepciones previas: i) caducidad de la acción, por cuanto el término para presentar le medio de control venció el 29 de abril de 2014 y solo fue radicada hasta el 8 de mayo de dicha anualidad; ii) cosa juzgada, toda vez que existe identidad de partes, objeto y causa *petendi* frente a la controversia definida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 30 de julio de 2013, en la cual solicitó el reajuste salarial para las anualidades de 2001, 2003 y 2004; iii) inepta demanda, en tanto debió demandar las resoluciones que reconocieron las cesantías anualizadas.

Argumentó como excepción de fondo la prescripción extintiva del derecho, de conformidad con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, se encuentran prescritos los derechos causados con anterioridad al 18 de octubre de 2010, en atención a la fecha de presentación de la reclamación administrativa.

- Departamento del Atlántico⁷

Manifestó que la sanción moratoria correspondiente a las anualidades de 2008 y 2009 se encuentra prescrita, según lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 e indicó que en todo caso es necesario probar la mala fe del empleador.

La entidad territorial presentó como argumentos que denominó excepciones: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto únicamente existió relación legal y reglamentaria del demandante con el órgano de control fiscal para el reclamo de obligaciones laborales insolutas; y ii) prescripción extintiva derivada de la reclamación tardía del demandante.

Audiencia Inicial⁸

La Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo del Atlántico se constituyó en audiencia pública celebrada el 4 junio de 2015, en la cual, una vez agotado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de caducidad, indicó que el término para la presentación de la demanda se interrumpió con la solicitud de conciliación el 26 de febrero de 2014, cuando faltaban 9 días para el vencimiento del término, la cual se presentó el 8 de mayo de dicha anualidad, fecha en que se expidió la respectiva constancia por el Ministerio Público; por otro lado, indicó que no se configuró la cosa juzgada, por cuanto en el caso concreto pretende el reconocimiento de la sanción moratoria y; finalmente, en cuanto a la de inepta demanda indicó que el acto acusado es en efecto el que debe controvertir el actor, según las pretensiones formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Sentencia de primera instancia⁹.

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante fallo de 4 de agosto de 2015, negó las súplicas de la demanda, al considerar que conforme el material de prueba que obra en el expediente, se acreditó que el actor, por haber sido vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, está cobijado por el régimen anualizado de liquidación de la aludida prestación social, y en atención a que las cesantías parciales fueron reconocidas y consignadas oportunamente por la entidad nominadora; e igualmente, las definitivas le fueron pagadas dentro del término legal, no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción por mora, sin que pueda invocar un pago parcial, por cuanto en su momento le fue consignado en el fondo privado de cesantías Colfondos, el valor correspondiente por dicho auxilio monetario.

Recurso de apelación.-

Parte demandante¹⁰

El apoderado judicial del actor manifestó su desacuerdo frente a la decisión del *a quo*, por cuanto en el caso concreto se encuentra demostrado a través de la Resolución 000015 de 3 de mayo de 2013¹¹, que durante los años 2001, 2003 y 2004, la Contraloría General del Departamento del Atlántico no aplicó el incremento legal a la asignación básica mensual del demandante, por lo que el auxilio de cesantías, entre otras prestaciones sociales correspondientes a las anualidades de 2008 a 2012, le fueron liquidadas por debajo del *valor real*; por consiguiente solo se han efectuado pagos parciales y no totales del auxilio monetario señalado, siendo suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo por falsa motivación y sancionar a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Indicó que por laborar al servicio de la entidad de control fiscal territorial a partir del 2008, le es aplicable el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002¹²; por ende, manifestó que el principal factor a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías es la bonificación por servicios prestados, conforme al Decreto 1045 de 1978¹³.

Adujo que el demandante está cobijado por el régimen anualizado de cesantías, el cual establece un plazo legal para el reconocimiento de la prestación social - cesantías y la sanción por mora en el caso en que el empleador incumpla la obligación hasta el momento en que se cancele la totalidad de los valores adeudados, teniendo en cuenta que "(...) *lo accesorio sigue la suerte de lo principal.*"

Finalmente, señaló que en el caso concreto la administración procedió a la nivelación salarial del cargo desempeñado por el actor, por lo que no se reclamó la reliquidación y pago de las diferencias respecto de las cesantías reconocidas; sin embargo, atendiendo a la jurisprudencia de esta

Corporación¹⁴, en los eventos en que la entidad pública resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación total de la prestación social de manera tardía, el término previsto en la Ley 244 de 1995 deberá contarse a partir del acto que las liquidó de manera incompleta, para que la norma tenga efecto útil y sea eficaz la capacidad conminatoria de la sanción¹⁵.

Alegatos de conclusión.-

Departamento del Atlántico¹⁶

Se opuso a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, al considerar que el reajuste salarial se ordenó para las anualidades de 2001, 2003 y 2004, tiempo para el cual el actor no se encontraba vinculado al órgano de control fiscal demandado e igualmente, alegó que la entidad territorial que representa carece de legitimación en la causa por pasiva y por tanto, de interés sustancial en las resultas del proceso, por cuanto no puede satisfacer una eventual condena en el caso concreto, en atención a la autonomía administrativa y presupuestal del ente de control fiscal.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.-

Conforme a los cargos formulados por el demandante en calidad de apelante único, le corresponde a la Sala establecer si en el caso concreto, con ocasión de la nivelación salarial efectuada por la Contraloría General del Departamento del Atlántico, se entiende que solo existió un pago parcial del auxilio de cesantías al actor y en consecuencia, se generó a favor del actor, la sanción por mora prevista en las Leyes 50 de 1990 y 244 de 1995.

Para resolver la controversia planteada, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: (i) de las características y diferencias entre la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995; y ii) análisis del caso concreto.

De las características y diferencias entre la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y la consagrada en la Ley 244 de 1995.

i) Sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 para el régimen anualizado de cesantías.

El régimen de liquidación anualizado del auxilio de cesantías previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990¹⁷, extendido únicamente a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afilien a los fondos privados¹⁸, contempló la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo en el evento en que el empleador incumpla la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año, el valor correspondiente a la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) definitiva de cesantía por la anualidad o fracción correspondiente¹⁹.

La Sección Segunda de esta Corporación mediante la sentencia de 25 de agosto de 2016²⁰, también unificó los diversos criterios jurisprudenciales existentes en relación con la sanción que contempla el régimen anualizado, en aras de proteger al empleado cesante afectado con el incumplimiento de la entidad pública morosa. En suma, la providencia unificó los siguientes aspectos:

- La sanción moratoria se causa a partir del incumplimiento por parte del empleador de consignar de manera anualizada el auxilio de cesantías dentro del término legal (14 de febrero de cada vigencia fiscal), al considerar los siguientes aspectos: i) el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte al 31 de diciembre de cada año, y además, los fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado los saldos de su cuenta individual; y ii) la posición jurisprudencial²¹ que sostenía la exigibilidad de la obligación a partir de la terminación del vínculo laboral imponía al empleador una carga adicional, en tanto el empleado público podía reclamar porciones afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción. Al respecto, consideró:

“(…) De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1²² del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente. (...)” (Resaltado fuera del texto original).

- La sanción por mora no es accesoria al auxilio de cesantías, puesto que al hacer parte del derecho sancionador cuya finalidad es penalizar económicamente al empleador que incurra en retardo²³, es susceptible de prescripción. Al respecto, debe aplicarse el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral antes citado y no el término prescriptivo contemplado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, los cuales se predicen de los derechos allí contemplados, entre los cuales no se reguló la sanción aludida cuya creación tuvo lugar con la expedición de la Ley 50 de 1990. Sobre este punto, la Sección Segunda señaló al tenor, lo siguiente:

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios²⁴ a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador²⁵ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, (...)” (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, por disposición legal y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, se establece que la exigibilidad de dicha sanción tiene lugar a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente en la cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación) y tiene lugar hasta el momento en que la entidad cumpla su deber legal, se produzca su pago efectivo o finalice el vínculo laboral.

ii) Sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.

En atención a la importancia del auxilio de cesantías el legislador estableció por medio de la Ley 244 de 1995²⁶, la obligación de la entidad empleadora la obligación de liquidación y reconocimiento de la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

Es así como dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, la entidad pública empleadora deberá expedir la resolución correspondiente y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

La Ley 244 de 1995 fue modificada por la Ley 1071 de 2006²⁷, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de cesantías definitivas o parciales para los trabajadores y servidores del Estado. Igualmente, la adicionó para señalar que los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²⁸ podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías en aspectos relativos a vivienda y educación.

Así pues, la indemnización moratoria se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

Ahora, la citada disposición si bien consagra el término en que debe la administración resolver la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas del servidor, también lo es que, dicha normativa condiciona el deber de expedir la respectiva resolución al cumplimiento de todos los requisitos determinados en la Ley.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007²⁹, al resolver un recurso de apelación en el cual se debatió el monto de la indemnización moratoria con ocasión del pago tardío de las cesantías definitivas al actor, abordó el tema relativo a la exigibilidad de la obligación contemplada en la Ley 244 de 1995, para señalar:

“(…)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no a la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (…)” (Resaltado y subrayas fuera del texto original).

Igualmente, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación³⁰ ha sostenido que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción.

En una sentencia reciente, esta Subsección señaló que el término para el cumplimiento de la obligación prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías

definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, los correspondientes al término de la ejecutoria y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social³¹.

Conclusión

En suma, las características de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 y de aquella contemplada en la Ley 244 de 1995, cuyos presupuestos diferencian una de la otra, son los siguientes:

	Ley 50 de 1990	Ley 244 de 1995
Aplicación	Servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31/12/1996 afiliados a los fondos privados administradores de cesantías (régimen anualizado)	Servidores públicos de todos los órdenes, independientemente del régimen de liquidación del auxilio de cesantías.
Hecho generador	Omisión en la consignación del valor de la liquidación anual (31 de diciembre) de cesantía dentro del plazo.	Incumplimiento del término para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales.
Exigibilidad	15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación social.	- 15 días para la liquidación del auxilio de cesantías y expedición de la resolución correspondiente contados a partir de la presentación de la solicitud. - 45 días para el pago del valor liquidado a partir de la fecha de firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público.

Del análisis del caso concreto.

En el *sub júdice*, el *A quo* negó las pretensiones de la demanda al considerar que la administración cumplió la obligación relativa a la liquidación y consignación de las cesantías parciales, así como el reconocimiento y pago de las definitivas dentro de la oportunidad legal correspondiente, indicando que pese a que la contraloría territorial dejó de aplicar el porcentaje de aumento legal a la asignación salarial de los cargos incorporados a la planta de personal para las anualidades de 2001, 2003 y 2004, no es cierto que se haya realizado un pago parcial y no total por concepto de la prestación social -cesantías-.

El demandante en calidad de apelante único alega que contrario a lo expuesto en la sentencia de primera instancia, debido a que la entidad de control fiscal no aplicó el incremento legal a la asignación básica mensual del demandante y sin tener en cuenta los factores salariales a efectos de su liquidación, solo se produjo un pago parcial de la obligación relativa al auxilio monetario (respecto de las cesantías parciales y definitivas), por lo que reiteró que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad por falsa motivación.

En ese orden de ideas, la Sala en primer lugar deberá establecer si los hechos aducidos en el recurso de alzada, se encuentran acreditados a través de los elementos de prueba aportados por las partes en primera instancia, como se observa a continuación:

Con la presentación de la demanda se aportó copia auténtica de la Resolución Reglamentaria 000015 de 3 de mayo de 2013, expedida por el Contralor Departamental del Atlántico, por la cual en atención a que durante los años 2001, 2003 y 2004 “(...) a los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO no les fueron aplicados los incrementos salariales autorizados por la ley, (...), dispuso las nuevas asignaciones salariales y ordenó a la dependencia responsable del Talento Humano, proyectar y liquidar los valores resultantes a favor de cada empleado para el pago del retroactivo³².

En cuanto al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías del actor, la Contraloría General del Atlántico con la contestación de la demanda, allegó copia de los siguientes actos administrativos:

Acto administrativo	Período	Valor	Fecha de notificación personal	Fl.
CESANTÍAS PARCIALES - RÉGIMEN ANUALIZADO				
Resolución 000074 de 12/02/2009	Cesantías causadas entre el 1/1/2008 y el 31/12/2008	\$759.531	17/02/2009	109
Resolución 000063 de 09/02/2010	Cesantías causadas entre el 1/1/2009 y el 31/12/2009	\$1.109.426	12/02/2010	110
Resolución 000116 de 14/02/2011	Cesantías causadas entre el 1/1/2010 y el 31/12/2010	\$1.154.279	17/02/2011	111
Resolución 000114 de 13/02/2012	Cesantías causadas entre el 1/1/2011 y el 31/12/2011	\$1.191.538	13/02/2012	112
CESANTÍAS DEFINITIVAS				
Resolución 000148 de 13/03/2012	Cesantías causadas entre 06/03/2008 y el 07/02/2012	\$1.829.353	14/03/2012 Cheque 54081-4 de 26/03/2012	113 114 115

Así mismo, el organismo de control fiscal demandado aportó copia de la Resolución 0002584 de 13 de julio de 2012, mediante la cual el Secretario General ordenó el reconocimiento y pago de manera retroactiva del incremento salarial correspondiente a la vigencia de 2012, con la inclusión de los factores salariales a que tiene derecho, la cual se notificó personalmente el 17 del mismo mes y anualidad³³.

De otro lado, se evidencia la constancia expedida por Colfondos Pensiones y Cesantías de 20 de mayo de 2014, en la que reportó el movimiento de la cuenta individual de cesantías, que para la fecha de expedición de dicha certificación ya se encontraba cancelada³⁴. Las operaciones efectuadas por la Contraloría General del Atlántico son las siguientes:

Movimiento	Fecha	Valor
Consignación	12/02/2009	769.531,00
Consignación	12/02/2010	1.109.426,00
Consignación	14/02/2011	1.154.279,00
Consignación	14/02/2011	1.191.538,00

Igualmente, se acreditó que mediante reclamación presentada el 16 de octubre de 2013 ante el órgano de control fiscal del departamento del Atlántico, solicitó el reconocimiento de la sanción por la mora en el pago total del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2008 a 2012³⁵; frente a lo cual a través de la decisión administrativa controvertida, le fue negada la solicitud al considerar que en el caso concreto la autoridad realizó el pago correspondiente a la prestación social en los términos legalmente establecidos y con base en los actos administrativos que, en su momento, fijaron la asignación salarial del servidor público; por ende, al no interponer los recursos contra las actuaciones que contienen la liquidación, no puede generarse la sanción moratoria³⁶.

Obra igualmente en el expediente, copia de la sentencia de 30 de julio de 2013 proferida por el Juzgado 5º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Barranquilla dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de radicación 08001-33-31-705-2012-00093-00 en el que actor solicitó al tenor:

"(...) Que es nulo el acto ficto o presunto negativo, sin fecha ni número, por medio del cual el Departamento del Atlántico y/o Contraloría Departamental del Atlántico, dio por resuelta la petición de fecha 24 de mayo de 2011, que conforme a derecho impetró el actor, a fin de que le fueran reconocidos y ordenado el pago de las acreencias laborales por concepto de retroactivos contenidos en el programa de saneamiento fiscal, (...)

2. Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene al Departamento del Atlántico y/o Contraloría Departamental del Atlántico a: hacer el reajuste salarial y de prestaciones sociales en el cargo ejercido por el actor conforme al IPC del año precedente, así: año 2001=8.75%; año 2003=6.99% y año 2004=6.49%. Así mismo, ordenar el incremento salarial desde el año 2001 hasta la ejecutoria de la providencia tomando como base el salario del año anterior debidamente reajustado con el IPC, o al decretado por la

Asamblea Departamental.³⁷ . (Resaltas fuera del texto original).

Al respecto, mediante la sentencia señalada se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que el Contralor del Departamento del Atlántico incumplió su deber constitucional y legal de presentar el proyecto de ordenanza del ajuste de los salarios de los empleados públicos de la entidad para las vigencias fiscales de 2001, 2003 y 2004 a la Asamblea Departamental, por lo que debido a su omisión y en virtud del Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero del ente territorial, se reconoció el retroactivo y demás acreencias laborales adeudadas³⁸ .

Como se observa en el caso concreto, en lo relacionado con la liquidación y consignación del auxilio de cesantías del demandante, al encontrarse cobijado por el régimen anualizado, el empleador cumplió la obligación dentro de la oportunidad establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, antes del 15 de febrero al año siguiente en que se causó la prestación social; sin embargo, el apelante adujo que se causó la sanción moratoria, en tanto si bien lo consignó antes del vencimiento del término, al liquidarse con base en un salario desajustado y sin la aplicación de los factores salariales correspondientes se genera la sanción por mora.

La Sala desestimará el argumento del apelante, por cuanto conforme a la norma en cita, la sanción moratoria prevista en el régimen especial del auxilio de cesantía, se causa en el evento en que el empleador incumpla la obligación de efectuar el aporte correspondiente al valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de cada vigencia fiscal.

Así las cosas, al no existir una infracción de la norma jurídica por parte de la entidad empleadora, no puede generarse la consecuencia o efecto, es decir, la sanción; máxime por cuanto si el peticionario se encontraba en desacuerdo con los actos de liquidación de la prestación social debió interponer los recursos procedentes a efectos de obtener la reliquidación, que en el caso concreto no ocurrió según lo manifiesta en el escrito de apelación, porque ello fue ordenado por el ente de control fiscal mediante la señalada Resolución 00015 de 2013³⁹ ; siendo aún más evidente que el interesado no ejerció actuación alguna tendiente a que se modificaran las decisiones de la entidad pública demandada para que pueda alegar en esta instancia que el empleador incurrió en retardo, siendo claro que no se generó la conducta que da lugar a imponer la sanción.

En este punto, es necesario señalar que contrario a lo alegado por el apelante único y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de 25 de agosto de 2016⁴⁰ , la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social - cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de su reliquidación, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad.

Por otro lado, en lo concerniente a la sanción establecida en la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006, la Sala observa que en el caso concreto el vínculo laboral entre el actor y la Contraloría Departamental del Atlántico finalizó el 7 de febrero de 2012. La entidad reconoció y ordenó el pago de las prestaciones sociales definitivas el 13 de marzo de 2012, la cual se notificó el 14 del mismo mes y anualidad, sin que el mismo interpusiera recurso alguno contra la decisión, por lo que adquirió firmeza el 22 de marzo de 2012, de conformidad con artículo 51 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, por ser la norma vigente para la fecha en que se produjo la actuación administrativa⁴¹ .

Así mismo, se acreditó que el pago por parte de la Contraloría General del Atlántico se efectuó el 26 de marzo de 2012, esto es, dentro de la oportunidad prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, el cual vencía el 30 de mayo de 2012.

En ese orden de ideas, es ostensible que el órgano de control fiscal ordenó el reconocimiento y efectuó el pago de las cesantías definitivas del actor dentro del término legal, sin que mediara petición alguna por parte del actor encaminada a provocar una manifestación de voluntad de la administración tendiente a obtener la liquidación de las cesantías definitivas, pues la solicitud citada en precedencia está dirigida únicamente al pago de la sanción.

El apelante también arguye que debido a la nivelación salarial del cargo desempeñado por el actor y atendiendo a la jurisprudencia de esta Corporación, en los eventos en que la entidad pública resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación total de la prestación social de manera tardía, el término previsto en la Ley 244 de 1995 deberá contarse a partir del acto que las liquidó de manera incompleta, para que la norma tenga efecto útil y sea eficaz la capacidad conminatoria de la sanción⁴² .

Al respecto, tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, modificado por el 4º de la Ley 1071 de 2006, a partir de la fecha de radicación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, inicia para la entidad empleadora el plazo de los 15 días para expedir el acto de reconocimiento, más los días correspondientes al término de ejecutoria y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social⁴³, transcurridos los cuales, se genera la sanción moratoria.

Como lo manifiesta el actor, el criterio jurisprudencial de esta Corporación sostiene que en atención a la finalidad de la norma encaminada a establecer un término perentorio para la liquidación y pago de las cesantías definitivas, ante la ausencia de pronunciamiento frente a la reclamación o solicitud de reliquidación y sin lugar al arbitrio por parte de la administración, el plazo legal se contará a partir de su presentación.

En este punto, le corresponde a la Sala enfatizar en que conforme al artículo 4º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas podrán iniciarse de cuatro formas:

- En ejercicio del derecho de petición en interés general;
- En ejercicio del derecho de petición en interés particular;
- En cumplimiento de una obligación o deber legal; y
- De oficio, es decir, por iniciativa de las autoridades.

Pues bien, el supuesto de aplicación contemplado en la normativa que previó la sanción moratoria, está dado por la “(...) *solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, [a la] la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, (...)*”, es decir, la iniciación de la actuación administrativa se origina por quien formule una petición en interés particular a efectos de que la entidad pública emita una declaración de voluntad, juicio, cognición o deseo unilateralmente que produzca efectos jurídicos definitivos sobre un asunto⁴⁴.

Así las cosas, debido a que en el caso concreto no se radicó una reclamación que provocara la decisión de la administración y menos aún aquella tendiente a la reliquidación con ocasión del incremento legal de la asignación salarial, mal podría el actor exigir el pago de la sanción moratoria cuando no ejerció las actuaciones correspondientes para reclamar su derecho que pudo ser afectado por el fenómeno extintivo de derechos y obligaciones de la prescripción, de no haber sido proferido de oficio el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas.

Luego, el actor no puede alegar en esta instancia el pago parcial correspondiente a la prestación social como fundamento para el reconocimiento de la sanción moratoria, cuando no ejerció las actuaciones correspondientes al reconocimiento de su derecho a partir de la exigibilidad de la obligación, que de acuerdo con la sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007, se configura al vencimiento de los 45 días siguientes a la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la sanción moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 65 días después de la radicación de la petición, los cuales se discriminan así: 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 5 más que corresponden al término de la ejecutoria⁴⁵ y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social⁴⁶.

Ahora bien, en cuanto al plazo de los 45 días hábiles con que cuenta la entidad pública pagadora para cancelar la prestación social, contados a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena su liquidación, la Sala observa que como se señaló en precedencia, para el caso concreto la administración legal cumplió la obligación dentro de la oportunidad legal, por cuanto entre la fecha de firmeza del acto de liquidación de las prestaciones sociales del actor y aquélla en que la entidad realizó el pago de las mismas, trascurrió un término de 2 días hábiles, por lo que no se configuró la sanción por mora pretendida.

Ahora bien, si en gracia de discusión se hubiese demostrado dentro del expediente que el actor solicitó la reliquidación del auxilio de cesantías definitivo, sin lugar a pronunciamiento alguno por parte de la administración, ciertamente ésta no se configuraría sobre la totalidad del valor correspondiente a la prestación social, sino sobre el monto que excediere lo reconocido, como en efecto lo consideró la sentencia de unificación de la Sección Segunda de esta Corporación.

Así las cosas, la Sala no evidencia que se haya incurrido en infracción del ordenamiento jurídico superior y en tal sentido, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo acusado, por cuanto el demandante no acreditó la falsa motivación de la decisión controvertida, esto es, que los fundamentos fácticos que el funcionario tuvo en cuenta para resolver la reclamación en realidad no existieron o efectuó una erra interpretación de los mismos.

En consecuencia, la Sala con fundamento en los argumentos expuestos confirmará la sentencia de 4 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Juan Carlos Torres Trillos contra el Departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 4 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por el señor Juan Carlos Torres Trillos contra el Departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 De 15 de noviembre de 2016. Folio 280 del expediente.

2 De acuerdo con lo establecido en “(...) el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por expresa disposición del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998 (...)”.

3 Prevista en la Ley 244 de 1995.

4 Folios 3 y 4 del plenario.

5 Folios 4 a 10 del expediente.

6 Folios 70 a 95 del expediente.

7 Folios 143 a 149 del expediente.

8 Folios 185 a 189 vlto. y CD que obra a folio 184.

9 Folios 209 a 219 del expediente.

10 Folios 228 a 230 del plenario.

11 "Por la cual se establece la nivelación salarial de los empleos de la CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO".

12 "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial."

13 "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional."

14 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 7 de marzo de 2013. Rad. 1381-2012. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

15 Al respecto citó: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de marzo de 2007. Rad. 2777-2014. C.P.: Jesús María Lemos Bustamante.

16 Folios 267 a 273 del plenario.

17 "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones",

18 De conformidad con el Decreto 1582 de 1998 reglamentario de los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998.

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

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de 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 proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. (...)."

20 Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

21 Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de mayo de 2009. Expediente 2070-07, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve; ii) De la Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011, C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad: 2005-09; iii) De la Subsección B, sentencia de 9 de mayo de 2013, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 1219-2012; iv) De la Subsección A, sentencia de 20 de noviembre de 2014, C.P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Rad: 3404-13; v) De la Subsección A, sentencia de 22 de enero de 2015, C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad: 2924-2013.

22 "Artículo 104º.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía..."

23 Al respecto citó: Corte Constitucional. Sentencia C-448 de 1996.

24 Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

25 En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

26 "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones."

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

28 Igualmente dispuso su aplicación a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

29 Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (Ij). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01. C.P.: Jesús María Lemos Bustamante.

30 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

31 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 2 de marzo de 2017. Rad. 1721-2014. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

32 Folios 31 a 42 del expediente.

33 Folios 116 y 117 vlto.

34 Folio 122 del expediente.

35 Según se observa a folios 14 a 24.

36 Folios 25 a 27.

37 Folio 123 del expediente.

38 Folios 123 a 142 vlto. del expediente.

39 Según se observa a folio 216 del expediente.

40 Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

41 "Artículo 51.

(...)

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. (...)"

42 Al respecto citó: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de marzo de 2007. Rad. 2777-2014. C.P.: Jesús María Lemos Bustamante.

43 Artículo 2º de la Ley 244 de 1995, modificado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

44 BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *"Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina"*. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Sexta Edición. Bogotá.

45 "Código Contencioso Administrativo - *Decreto 01 de 1984*. Artículo 51. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2304 de 1989 De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la des fijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios.” (Resaltado fuera del texto original).

46 Artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

Fecha y hora de creación: 2024-10-19 10:26:34