

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No. 47001 23 33 000 2012 00017 01 (2932-13)
Actor: ADRIA ENITH USTATE DE ARMAS
Demandado: Municipio de Tenerife

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida en la audiencia celebrada el 8 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ADRIA ENITH USTATE ARMAS mediante apoderado, solicitó al Tribunal declarar la nulidad del Oficio expedido el 17 de mayo de 2012, mediante el cual la administración municipal de Tenerife negó el pago de la sanción moratoria derivada del retardo en la consignación del auxilio anualizado de cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, solicita condenar al municipio de Tenerife a pagar a su favor la sanción moratoria causada por el pago extemporáneo de las cesantías correspondientes a los años 2007 a 2011, hasta cuando se produzca el pago de las mismas y se ordene la actualización de los valores adeudados, con los respectivos intereses.

Los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, son los que se resumen a continuación:

Labora en el municipio de Tenerife en el cargo de coordinador del programa familias en acción, adscrito a la planta global del municipio; sin embargo, al momento de su vinculación, la administración municipal no lo afilió a un fondo administrador de cesantías.

El municipio demandado no consignó las cesantías en el plazo previsto en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que a su vez remite a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, consecuente con lo anterior, debe reconocer y pagar la sanción moratoria por la consignación inoportuna de sus cesantías en el fondo correspondiente.

El 5 de marzo de 2012 presentó reclamación administrativa encaminada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, que fue negada por la administración municipal, decisión que desconoce en su integridad el contenido de las normas que rigen las cesantías.

Considera que con los actos acusados se quebrantan disposiciones constitucionales y legales así: artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; artículos 13 de la Ley 344 de 1996, 1º del Decreto 1582 de 1998, 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990, 21 y siguientes del Decreto 1063 de 1999 y 138 del Código Contencioso Administrativo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Tenerife contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma.

Consideró que para constituir en mora al municipio, la parte demandante debió hacer un requerimiento previo; por lo tanto, hasta que ese requerimiento no se haga efectivo, no empieza a correr la mora reclamada.

Dijo que la administración está dispuesta a pagar tanto las cesantías, como los intereses y las valorizaciones, como lo señaló en la conciliación, pero no la sanción objeto de controversia, pues no se ha hecho el requerimiento necesario para ese efecto.

Resaltó que la liquidación de las cesantías en el sector público ya no se rige por el régimen retroactivo, sino el anualizado y por ende el demandante no debió hacer mención exclusiva al último salario recibido, como base para su liquidación, pues ese salario solo se tiene en cuenta para la liquidación de las cesantías con retroactividad.

Finalmente solicitó declarar la prescripción de la acción para solicitar la sanción moratoria, porque han transcurrido más de 3 años desde cuando la obligación se hizo exigible.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena, en audiencia celebrada el 8 de mayo de 2013 profirió sentencia¹ en la que denegó las súplicas de la demanda.

Consideró que en virtud del principio de congruencia el juez debe ceñirse a los hechos y pretensiones de la demanda y que en el proceso bajo análisis la sanción que se reclama debe ser la prevista en la Ley 244 de 1995, como quiera que ya terminó la relación laboral, pero como lo que se persigue es la consagrada en la Ley 344 de 1996 que remite al artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que se refiere a las cesantías anualizadas, no es posible realizar el análisis, so pena de violar los derechos al debido proceso y defensa de la entidad demandada.

Además, sostuvo que resolver las pretensiones a la luz de lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, cuando no se solicitó analizarlas bajo ese supuesto normativo, constituiría un fallo “extra petita”.

¹ Folios 124 a 134.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena pues consideró que el a quo no tuvo en cuenta las normas que se invocaron como sustento de las pretensiones, las cuales consagran la obligatoriedad de consignar anualmente las cesantías a los trabajadores, mientras el vínculo laboral se encuentra vigente.

Aseguró que no se viola el principio de congruencia porque en ningún momento se fundaron las pretensiones en lo previsto en la Ley 244 de 1995, y las normas que se invocan en la demanda son soporte suficiente para la prosperidad de las pretensiones.

Dijo que en el expediente no está probado que se hubiera afiliado a un fondo de cesantías y menos que se hubieran consignado las mismas, lo que permite concluir que el municipio violó el conjunto normativo invocado en la demanda, por lo tanto, deben despacharse favorablemente las súplicas.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante este Organismo allegó en forma y tiempo el escrito que obra de folios 169 a 175.

Para la Agencia Fiscal las pretensiones se deben despachar favorablemente, toda vez que en el expediente se demostró que el municipio no afilió a la demandante a un fondo de cesantías, ni las consignó en el tiempo y la oportunidad debida.

La sanción por el no pago de las cesantías anualizadas prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y sus decretos reglamentarios y la prevista en la Ley 244 de 1995 gobiernan situaciones distintas, la primera de ellas, el no pago oportuno de las cesantías anualizadas y la segunda, el no pago de las cesantías al momento del retiro del servicio, de modo que la causación de la segunda, no extingue el derecho a reclamar la primera.

Así las cosas, al haberse establecido que la administración incumplió el deber legal de efectuar la consignación anual de las cesantías causadas a favor de la demandante, debe accederse a las pretensiones.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad del Oficio expedido por el Alcalde del municipio de Tenerife el 17 de mayo de 2012, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías anualizadas a la señora Adria Enith Ustate de Armas.

El objeto del recurso de apelación está encaminado a que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto lo que se reclama es el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas por parte de la administración.

Con la certificación expedida por el Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía municipal de Tenerife² se puede establecer que la demandante laboró al servicio de ese municipio desde el 22 de junio de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Durante el tiempo de prestación de servicios e incluso con posterioridad a su desvinculación, la administración municipal omitió reconocer y pagar a favor de la demandante las cesantías anualizadas que se causaron por su labor, tal como se desprende de lo afirmado en la contestación de la demanda³ y según lo reconocido en la audiencia de conciliación prejudicial fallida⁴.

Mediante petición radicada el 5 de marzo de 2012⁵ la demandante reclamó el pago de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas no consignadas desde el 15 de febrero de 2008 y hasta que se haga efectivo el pago, lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 344 de 1996, el Decreto 1582 de 1998 y la Ley 50 de 1990.

² Folio 11.

³ Últimos 3 párrafos del folio 66.

⁴ Folio 10.

⁵ Folio 13.

El Alcalde del municipio de Tenerife, contestó la anterior petición mediante oficio de 17 de mayo de 2012, en el que invocó motivos presupuestales y desorden administrativo para no haber pagado las cesantías adeudadas; así mismo, aseguró que se están haciendo las gestiones necesarias para contar con la disponibilidad presupuestal para su cancelación.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, previó el régimen anualizado de cesantías a favor de los empleados que se vincularan a los órganos o entidades del Estado, así:

“Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;”

Ahora bien, el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó el artículo anterior, en su artículo 1º estableció:

“Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido

en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.”

Y, en lo que respecta al término con que cuenta la administración para consignar las cesantías reconocidas de conformidad con la disposición anterior, la Ley 50 de 1990 en su artículo 99 estableció:

“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 proporcionales 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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.**

Con fundamento en las disposiciones anteriores, se concluye que los empleados que se hubieran vinculado laboralmente a los entes territoriales, entre otros, a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996, tienen derecho al reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, que deben ser liquidadas a 31 de diciembre del año en que se causaron y pagadas antes del 15 de febrero del año siguiente, en el fondo administrador elegido por el empleado y, en el evento de la consignación no se efectuó a más tardar en esa fecha, comienza a correr la mora a cargo del empleador, a razón de un día de salario por cada día de mora.

El a quo consideró que en el caso bajo análisis, como la

reclamación se efectuó cuando la demandante ya se había desvinculado del servicio, no eran aplicables las aludidas normas, sino lo dispuesto en la Ley 244 de 1995⁶, que prevé los términos para reclamar y pagar las cesantías definitivas.

En torno a la diferencia entre el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías anualizadas y lo propio, respecto de las cesantías definitivas y las normas que gobiernan una y otra reclamación, la Sala de esta Subsección ya tuvo la oportunidad de pronunciarse, en los siguientes términos:

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

El nuevo régimen, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordena que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente en una cuenta individual

⁶ **Artículo 1º.-** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste”.

a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

Ahora bien, la sanción moratoria procede en cuantía de un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador no consigne las cesantías por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

En este punto, es importante aclarar la diferencia que existe entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo por causa la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre y la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no cancela oportunamente la cesantía que adeuda, deberá pagar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

A pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio definitivamente, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.”⁷ (Se resalta).

Con fundamento en lo anterior, es válido afirmar que una y otra sanción tienen fuentes diferentes, la primera de ellas se origina en el pago extemporáneo de las cesantías que el empleador está obligado a consignar en el fondo de cesantías a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que fueron causadas, mientras que la otra surge y sólo se puede reclamar una vez finalizada la relación laboral y previo requerimiento en el término y forma descrita en la norma que la prevé y cumplidos los términos

⁷ Sentencia de 20 de octubre de 2014, Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00978-01(3329-13). Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón.

que la ley concede a la administración a efecto de su reconocimiento y pago.

De ahí que la Sala considere que como la administración municipal de Tenerife no reconoció año a año las cesantías anualizadas adeudadas a la demandante, bien podía reclamar tanto en sede administrativa como en sede judicial la sanción moratoria por su incumplimiento, con fundamento en las normas que adecuadamente se invocaron en la demanda.

Si bien la relación laboral entre la demandante y el municipio terminó, ello en momento alguno desvirtúa el hecho de que la administración incumplió el deber legal de consignar anualmente, a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a la causación de las cesantías, el valor que a 31 de diciembre del año anterior se hubiera liquidado por ese concepto.

En consecuencia y como hay prueba de que la administración adeuda a la demandante las cesantías causadas entre el 22 de junio y el 31 de diciembre de 2007, pagaderas el 15 de febrero del año 2008; entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2008, pagaderas el 15 de febrero de 2009, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2009, pagaderas el 15 de febrero de 2010 y entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2010, pagaderas el 15 de febrero de 2011, está en la obligación de pagar la sanción generada por su incumplimiento.

En lo que respecta a las cesantías causadas por el periodo

comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2011, a pesar de constituir una anualidad completa, que de haber mantenido el vínculo laboral tendrían el mismo carácter de anualizadas, por haberse producido la desvinculación del servicio, están sometidas a las normas que gobiernan el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, pues adquirieron ese carácter dada la terminación de la relación laboral.

Con fundamento en lo anterior es evidente que la mora en la consignación de las cesantías empezó a correr desde el 15 de febrero de 2008; no obstante, como el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías, mediante petición radicada el 5 de marzo de 2012⁸, es decir, cuando habían transcurrido más de 3 años desde cuando empezó a causarse la mora, se debe aplicar la prescripción trienal, toda vez que no se hizo un requerimiento oportuno que interrumpiera la configuración del fenómeno prescriptivo.

Conforme a lo dicho, la Sala revocará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, accederá al reconocimiento de la sanción pretendida; sin embargo, se declararán prescritas las porciones de sanción causadas con anterioridad al 5 de marzo de 2009, dado que la reclamación en sede administrativa se realizó el 5 de marzo de 2012, y el límite del pago de la sanción será al 31 de diciembre de 2011, teniendo en consideración que en esa fecha se dio por terminada la relación laboral y a partir de allí surgió a cargo de la administración la

⁸ Folio 13.

obligación de pagar las cesantías definitivas cuyo reconocimiento y pago está sometido a una normatividad diferente⁹ y a una nueva reclamación por parte del administrado.

Ahora bien, como quiera que según lo afirmado en la contestación de la demanda y en el acta de conciliación prejudicial fallida, aún no se han pagado las cesantías debidas a la demandante, se ordenará compulsar copias de las presentes diligencias, tanto a la Contraloría General de la República como a la Fiscalía General de la Nación, para que las autoridades competentes determinen la posible responsabilidad fiscal y penal en que se hubiera podido incurrir a causa de la omisión de la administración en la consignación oportuna de las cesantías adeudadas.

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

F A L L A

REVÓCASE la sentencia proferida por en la audiencia celebrada el ocho (8) de mayo de dos mil trece (2013) por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el proceso promovido por ADRIA ENITH

⁹ Ley 244 de 1995.

USTATE DE ARMAS contra el MUNICIPIO DE TENERIFE, con fundamento en lo manifestado en las consideraciones. En consecuencia se dispone:

Primero.- Declárase la nulidad el oficio expedido por el Alcalde municipal de Tenerife el 17 de mayo de 2012, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada por la no consignación de las cesantías anualizadas a favor de la señora ADRIA USTATE DE ARMAS.

Segundo.- Condénase al municipio de Tenerife a reconocer la sanción moratoria causada por la no consignación de las cesantías anualizadas a favor de la señora ADRIA USATE DE ARMAS, desde el 15 de febrero de 2008, a razón de un día de salario por cada día de mora a partir del 5 de marzo de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

Tercero.- Por Secretaría, compúlsense copias de las presentes diligencias, tanto a la Contraloría General de la República como a la Fiscalía General de la Nación, para que se determine la posible responsabilidad fiscal y penal en que se hubiera podido incurrir a causa de la omisión de la administración en la consignación oportuna de las cesantías a favor de la demandante.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO